BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Mittermaier, Carl Joseph Anton,

Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preuß
ischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten
der Prozeßgesetzgebung
Bd.: 4

Bonn 1826

J.pract. 183 o-3/4
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554435-1

Der gemeine deutsche Prozeß

in Vergleichung

mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung

von

Dr. C. J. A. Mittermaier,
geheimen Hofrathe und Professor zu Heidelberg.

Vierter Beitrag.

Bonn, 1826.
Bei Adolph Marcus.

Die
summarischen Verfahrungsarten
des
gemeinen deutschen
Prozesses
in Vergleichung
mit dem preußischen und französischen Verfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung

von

Dr. C. J. A. Mittermaier,
geheimen Hofrathe und Professor zu Heidelberg.

Bonn, 1826.
Bei Adolph Marcus.

Inhaltsanzeige.

		Seite
I.	Verhältniß des sogenannten summarischen Prozesses zum ordentlichen	1
II.	Von den Arten des sogenannten summarischen Prozesses	40
III.	Von den Fällen, in welchen der unbestimmte summarische Prozeß eintritt	53
IV.	Von dem Verfahren in dem allgemeinen summarischen Prozesse	74
V.	Der deutsche Executivprozeß	106
VI.	Der Mandatsprozeß	129
VII.	Der Arrestprozeß	148
VIII.	Der Provokationsprozeß	167
IX.	Possessorische Prozesse	194

Druckfehler.

Seite	4	Zeile	20	lies	Landesprozeßordnungen statt Straßburger Landesprozeßordnungen.
»	6	»	17	»	Mandats statt Mandants.
»	7	Note	20	»	Gajus IV. 167. statt Gajus.
»	9	»	31	»	l. 6. Cod. Theod. l. c. statt l. 6. Cod. 24.
»	12	»	49	»	rer. Brunsvic. statt rev. Brunsric.
»	13	Zeile	2	»	Dwernachtsprozeß statt Divernachtsproz.
»	23	»	18	»	Mandats, Executivprozeß st. Mandats-Executiv.
»	48	Note	26	»	Guichard statt Gnichard.
»	68	Zeile	9	»	als ein mit statt als mit.
ibid.		Note	30	»	de agnosc. et alend. st. agn. et atend.
»	74	Zeile	9	»	summar. Prozesse st. summar. Verfahren.
»	77	»	1	»	weitläufige statt weitläufiger.
»	81	»	21	»	nur statt mir.
»	91	»	8	»	Prozeß zu führen statt Prozeß führen.
»	92	»	4	»	sollte, daß statt sollte. Daß.
»	102	»	28 u. 29	lies	empfehlen, da statt empfehlen. Da.
»	113	»	23	lies	Kredits, statt Kredits.
»	116	»	13	»	weitaussehende statt weitausstehende.
ibid.		Note	27	»	Angabe: valuta statt Angabe, valuta.
»	133	Note	21	»	Kreitmaier statt Kraitmaier.
»	140	Zeile	5	»	wichtigsten statt richtigsten.
»	144	Note	50	»	pacti de statt parti de.
»	146	Zeile	12	»	feste, statt festre.
»	148	Note	1	»	sequestr. statt sequaest.
ibid.		»	4	»	v. Wening statt V. Vening.
»	150	Zeile	19	»	und die Meklenburgischen Gesetze statt und der Meklenburgischen Gesetzen.
»	153	»	4	»	bringen sucht statt bringen.
»	162	Note	58	»	Kreitmaier statt Kreitmeyr.
»	170	»	17	»	jattanze statt sattanze.
»	184	Zeile	23	»	wichtig, statt richtig.
»	186	Note	62	»	litem statt iitem.
ibid.		»	63	»	Lauhn statt Lauhe.
»	189	Zeile	25	»	nocet statt pocet.
»	190	»	13	»	vorschreiben, daß die Einrede für immer wirksam erklärt werden soll statt vorschreiben,
»	203	»	2	»	weisen statt weißen.
»	208	»	12	»	als statt die.

Die
summarischen Prozesse.

§. I.

Verhältniß des sogenannten summarischen Prozesses zum ordentlichen.

Der heutige Gerichtsgebrauch und die neuere deutsche Gesetzgebung bezeichnen mit dem Ausdrucke: summarischer Prozeß, jede Verfahrungsart, deren Gang von der ordentlichen zur Verfolgung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten vorgeschriebenen regelmäßigen Verhandlungsform abweicht, und in dieser Hinsicht heißt der Prozeß in geringfügigen Sachen eben sowohl summarisch, als der Provokations- oder Mandatsprozeß so bezeichnet wird. Dieser Sprachgebrauch findet zum Theile seine Rechtfertigung schon in den Ausdrücken einzelner römischer Stellen, welche von summaria cognitio, oder einer summatim geschehenen Entscheidung sprechen [1]), und dadurch den Gegensatz von dem ordentlichen Verfahren, dessen Gang auch mit judiciorum strepitus bezeichnet wurde [2]), andeuten. Die Practiker des Mittelalters [3]), welche in ihren Aussprüchen und Be-

---

1) l. 1. §. 9. D. de praetor. stipul. l. 3. §. 9. D. ad exhibend. l. 15. §. 4. D. de re judicat. l. 3. §. 4. D. de Carbon. edict. l. 40. D. ad leg. Aquil.

2) l. 33. Cod. de inoff. testam.

3) Duranti in speculo juris im Titel de summaria cognitione

zeichnungen gerne an den römischen Sprachgebrauch sich anschlossen, wählten bald den Ausdruck: summarie zur Bezeichnung der schleunigeren Prozeßart; die Praxis behielt diese Sprachweise bei [4]), und die Reichsgesetze, welchen überall die Ansichten der Practiker der geistlichen Gerichte des Mittelalters vorschwebten, wählten auf gleiche Art den Ausdruck: summarisch. In diesem Sinne spricht die Carolina [5]) von: summarie und ohne Zierlichkeit des rechtlichen Prozesses Procediren; andere Reichsgesetze [6]) führen gewisse Fälle an, in welchen summarisch procedirt werden soll, während sich bei den Reichsgerichten selbst eine gewisse Klageform bildete, welche man die der Summariklage im Gegensatze der artikulirten Klagform nannte [7]). Die Formularbücher aus dem Anfang des 16ten Jahrhunderts, z. B. Tengler [8]), erwähnen daher der summarischen Procedur (mit dem Zusatz: nicht durch vollkommenen Prozeß) als einer bekannten Sache, und die Straßburger Landesprozeßordnungen des 16ten Jahrhunderts sprechen entweder deutlich vom summarischen Prozeß [9]) oder führen diese Prozeßart unter der Rubrik: von geringen Sachen

---

(edit. Francof. 1692.) p. 144. s. auch Stellen gesammelt in P. de Ferrariis praxis aurea (edit. Colon. 1626.) p. 136.

4) Maranta tract. de ordine judicior. p. IV. dist. 9. p. 189.

5) CCC. art. 12.

6) Reichsabsch. v. Augsburg v. 1500. Tit. XXI. R. A. v. 1570. §. 90. v. 1594. §. 63. Cammergo. v. 1508. Tit. II. v. 1555. Thl. 14. Tit. III.

7) Goldschmid über Litiscontestation und Einreden S. 43. und Goldschmid Abhandl. S. 5.

8) Tengler, der neu Laienspiegel (in Ausgabe v. 1518) fol. 112. unter der Rubrik: von anderen kurzen Austrägen.

9) Baier. Gerichtso. v. 1520. Tit. V. art. 6. XI. 3.

auf [10]. Auf diese Art ist die Bezeichnung allgemein in deutscher Praxis und Legislation üblich geworden, und hat sich bis zur neuesten Gesetzgebung erhalten, so daß selbst die neuesten Prozeßordnungen, z. B. die für das Waatland [11]) und der Entwurf für das Königreich Baiern [12]), den Ausdruck beibehalten haben, und noch in der Gesetzgebung des benachbarten Frankreichs findet sich der Namen summarisch [13]), so daß vielleicht nur die Prozeßordnung von Geneve [14]) die einzige neuere Gesetzgebung ist, welche den Ausdruck ganz verbannt hat.

Die Veranlassung zur Aufstellung solcher ausserordentlicher Verfahrungsarten findet sich in jeder Gesetzgebung schon früh. — Man fühlt die Schwierigkeiten, welche entstehen mußten, wenn man gewisse einfache Sachen, oder solche, wo Gefahr auf dem Verzuge schwebt, an die vielleicht nur zu gewissen Zeiten im Jahre gehaltenen, oder überhaupt an die Gerichte weisen wollte, deren Zusammenberufung ebenso schwerfällig ist, als die Formen bedächtlicher und langsamer seyn müssen, bis man eine Sache zur Verhandlung und Entscheidung vorlegen kann. In diesem Sinne kannte das römische Recht

---

10) Merkw. Eiderstedisches Landr. v. 1573. Art. 16. Dithmarisches Landr. Art. 17. s. auch Giesebert pericul. statutorum harmoniae pract. p. 607.

11) Code de procédure du Canton de Vaud. Lausanne 1825. Art. 75. 76. 141. 142. 390.

12) Baierischer Entwurf von 1825. Art. 708. 14. und Buch III. überhaupt.

13) Schon in der Ordonnance von 1667. Tit. XVII. Art. 1—17. dazu Jousse nouveau Comment. sur l'ordonnance I. p. 225.

14) Die Gründe s. in Bellot exposé des motifs de la loi sur la procédure civile, pour le Canton de Genève. p. 42—48.

schon früh Spuren des summarischen Prozesses. Wenn man hier den römischen Interdiktenprozeß als die älteste Art solcher Prozesse betrachtet [15]), so kann man nur mit Unterscheidung dieser Ansicht beistimmen. Die Idee des öffentlichen Interesse, welches wenigstens bei einigen Interdikten vorkam [16]), führte schon auf das Bedürfniß in gewissen Fällen ein schleuniges Verhältniß herzustellen, und von der Verpflichtung der Beobachtung sonst gewöhnlichen Formen zur Einleitung des Prozesses zu befreien, und auf die nämliche Art, wie die deutsche Praxis zum Mandatsprozeß kam, gelangte die römische zum Interdiktsverfahren, bei welchem es darauf ankam, daß der Prätor ein Verbot oder Gebot erließ, welches provisorisch entschied [17]). Will man nun darin, daß der Prätor zur Erlassung eines solchen Mandants (Interdikts genannt) keinen judex zu bestellen nöthig hatte, sondern auf eine summarische Vernehmung des Beklagten selbst Interdikt erließ, und daß man schon deswegen schneller entschied, weil man viele sonst zuläßige Exzeptionen der Beklagten gleichsam ad separatum verwies, einen summarischen Prozeß finden, so hat man völlig Recht. Auch läßt sich nicht läugnen, daß selbst, wenn es im Verfolge zur Verhandlung in judicio kam, schon durch die Bestellung von recuperatores, die als judices urtheilten, ein Grund zur schnelleren Pro-

---

15) S. die richtigen Ansichten in Savigny Recht des Besitzes IV. Aufl. S. 346. auch Haubold in Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft III. S. 358. Savigny in der Zeitschrift V. Nro. 1.

16) Roßhirt im Archiv für civil. Praxis VIII. Band. S. 35.

17) l. 1. pr. D. ut in flumine publico Gajus IV. 166. 168.

zeßführung lag [18]. Nun kann die früher oft behauptete Ansicht, daß bei Interdicten die summarische Verhandlung darin gelegen wäre, daß der Prätor selbst entschied, nicht zugegeben werden, da im Verlaufe des Streits, wenn auch das Mandat erlassen war, und der Beklagte das Faktum läugnet oder faktische Exzeptionen entgegensetzt, ein judicium ordinirt und judex bestellt wurde [19] und Sponsionen und Restipulationen vorkommen [20].

Eine andere Spur des summarischen Verfahrens kann in der Verfahrungsweise des Prätors de plano gesucht werden [21]. Bei der ausgedehnten Competenz des röm. Prätors als Justizdirektors mußten auch viele Geschäfte vorkommen, die wir nach unserem Sprachgebrauche als Gegenstände freiwilliger Gerichtsbarkeit bezeichnen, insbesondere Geschäfte der sogenannten gemischt freiwilligen, z. B. in vormundschaftlichen Sachen, bei Streitigkeiten über excusationes, bei Bestätigung des Tutors u. a. [22] Auch fanden sich Fälle, wo eine mehr polizeiliche Rücksicht, oder der Gesichtspunkt, aus welchem bei uns provisorische Maaßregeln geboten werden, eine schleunige Verfügung des Prätors forderte [23], oder

---

18) Heffter Institutionen des röm. Civilprozesses S. 398.

19) Gajus IV. 141.

20) Gajus.

21) Siccama de judicio centumviral. cap. IV. Malblank conspect. rei jud. p. 64.

22) l. 9. §. 3. D. de offic. procons. l. 31. D. de reb. aut jud. poss. l. 1. §. 9. D. de iudic. l. 13. §. 1. D. de excus. s. noch l. 6. D. de accus. l. 7. D. de manumiss. vind. l. 2. D. si quis ordo in poss.

23) l. 1. D. de Carbon. edict. l. 7. pr. D. damni infect. l. 1. §. 1. 5. D. de mortuo in ferend.

wo eine momentane Schwierigkeit im Executions-verfahren eine rasche Anordnung des Prätors in dem Sinne verlangte [24]), wie etwa im französischen Prozesse über einzelne Anstände im Executionsverfahren schnell verfügt wird.

Ausser diesen Verfahrungsarten de plano entwickelte sich überhaupt aus der röm. Gerichtsverfassung eine Art von Verfahren, welches, in so ferne nicht die Grundform, daß judices entschieden, dort beobachtet wurde, extra ordinem genannt wurde [25]). Die Fälle mußten immer mehr sich anhäufen [26]), je mehr die ehrwürdige Grundidee, auf welcher im alten röm. Prozesse die Trennung von judex und praetor beruhte, ihre Bedeutung verlor, und die Kaiser ihre eigne Gerichtsbarkeit ausdehnten. Noch mehr tritt die Idee des heutigen summarischen Prozesses in der Kaiserzeit bei den Römern hervor. Ohnehin war durch die Verfügung, welche die Trennung von judex und praetor aufhob, und von dem magistratus jetzt selbst auch über das Faktum entscheiden ließ, die Umwandlung vorgegangen, daß jetzt der ehemalige ausserordentliche Prozeß in den ordentlichen überging [27]); noch mehr aber zeigte sich jetzt die Ansicht Begünstigungen zu ertheilen, z. B. in Sachen der Kirche, oder bei Klagen von Aerzten,

---

24) l. 1. §. 2. D. si ventris nomine l. 31. D. de reg. Jur. l. 15. 4. D. de re iudic.

25) l. 1. D. de jurisdict. l. 13. D. de nunor l. 47. D. de negot. gestis l. 3. §. 3. 4. D. de liberis exhib. l. 3. §. 1. D. ut in poss. leg. l. 1. D. de extraord. cognit.

26) Cujaz obs. lib. VII. cap. 23. Siccama de judicio centumviral. cap. 2. Janus a Costa ad Decretal. p. 399 f. noch Heffter Institutionen des röm. Proz. S. 404.

27) §. ult. Inst. de interdict.

Hebammen, oder Lehrern [28]; in anderen Fällen führte ein polizeilicher Gesichtspunkt zu dem rascheren Verfahren [29]; auch kam man schon dazu, in liquiden Schuldklagen summarisches Verfahren anzuordnen [30]; es tritt nicht weniger schon die Ansicht hervor, nach der Summe des Klagegegenstandes gewisse Sachen wegen ihres geringeren Betrages zu den summarischen zu rechnen [31], und noch bestimmter erwähnt Justinian [32] causas breviores oder quae maxime vilium sunt, nur mündlich zu entscheiden. Höchst wahrscheinlich ist, daß der Ausdruck: levato velo [33] soviel als summarisch bedeutet [34], während strepitus judiciorum [35] und später figura judicii [36] den ordentlichen Prozeß bezeichnete. —

Die in der Geschichte des deutschen Prozesses überall hervortretende Bemerkung, daß die römischen Ansichten durch das Medium der Praktiker des Mittelalters in den deutschen Prozeß überflossen, zeigt sich auch hier als wahr, und Duranti [37] unter-

---

28) l. 7. Cod. Theodos. de denunt. vel edit. rescr. l. 1. D. de extraord. cognit.

29) l. 5. D. de Agnosc. et alend. liber. l. 1. §. 2 D. de Migrand. l. un. Cod. de nov. O. nunt. l. 13. Cod. de aedif. privat.

30) l. 6. Cod. Theodos. de denunt. et edict.

31) S. a. l. 6. Cod. 24. cit.

32) Nov. 17. cap. 2.

33) In l. 5. Cod. de naufrag.

34) Ferrariis praxis aurea p. 136.

35) l. 33. Cod. de inoffic. test.

36) S. die versch. Meinungen der älteren Schriftsteller über diesen Ausdruck in Maranta de ordine judic. p. 192.

37) S. Duranti speculum juris im Titel de summaria cognitione (Francf. 1692.) p. 144.

sucht schon umständlich, überall mit Berufung auf römische Stellen, wo von summatim oder de plano oder extra ordinem cognoscere die Rede ist, die Bedeutung der summaria cognitio und ihren Unterschied von der extraordinaria und der Verhandlung de plano. Auch zeigt sich überall unter den Canonisten schon die Ansicht, daß da, wo der praetor ohne judex pedaneus verhandelte, der Richter summarisch verhandeln dürfe, und ebenso gewiß war, daß man die im summarischen Prozesse an die Richter gebrachte Klage nicht actio, sondern nur Imploration nannte, und dabei annahm, daß es auf die sonstige Förmlichkeiten der Klage nicht ankomme [38].

Noch häufiger wurde der summarische Prozeß durch die Sitte der Päbste, nach welcher sie, mit Berufung darauf, daß auch die judices pedanei nur judices delegati gewesen wären [39], für einzelne Fälle Commissarien ernannten [40], und diesen vorschrieben, daß und in wie fern sie vom ordentlichen Rechtsgange abweichen dürften [41], und der gebrauchte Ausdruck: de plano ac sine strepitu et figura judicii, beweist deutlich, daß der summarische Prozeß in solchen Sachen eingeführt werden sollte, wobei die Päbste den Sinn dieses Ausdrucks selbst genauer erläuterten [42]. Es war nun der Praxis überlassen, die Ansicht fortzubilden, daher jetzt un-

---

38) J. H. Boehmer Jus eccl. Protest. lib. I. Tit. XXXII. §. 4—6. lib. II. Tit. I. §. 12.

39) Man bezog sich auf l. 5. Cod. de judic.

40) Tit. X. de officio et potest. jud. del.

41) Clem. 2. de judic.

42) Clem. 2. de Verb. signif.

zählige Streitigkeiten darüber vorkommen, in welchen Fällen summarisch procedirt werden soll [43].

Der rein deutsche Prozeß giebt uns zwar keine unmittelbaren Belege für eine Trennung vom ordentlichen und summarischen Verfahren; allein, daß die Idee eines solchen Unterschieds den Germanen vorschwebte, kann nicht geläugnet werden. Wenn daher schon die wichtigen Streitigkeiten über Eigenthum und haereditas an die regelmäßigen Volksgerichte gewiesen waren, während in den kleineren Gerichten des centenarius und advocatus die übrigen Fälle geschlichtet werden konnten [44], wenn selbst wöchentliche Gerichtstage [45], wo einfachere Fälle entschieden wurden, vorkamen, wenn auch im Mittelalter diese kleinen Gerichtstage, welche der Amtmann, oder der Landrichter oder Pfleger hielt, im Gegensatze von den großen Schrannengerichten erwähnt werden, wenn wir in den Rüge-, Gemeinde- und Ehrhaftsgerichten kleinere Fälle entschieden finden, wenn insbesondere die Competenz [46] der Dorfgegerichte [47] auf Gegenstände einer gewissen Summe beschränkt war, und wenn wir selbst in den Städ-

---

43) S. meinen Aufsatz im Archiv für civil. Praxis VII. S. 377.

44) Capitol. de partib. Saxon. cap. 31. s. noch leg. Sal. 46. cap. 1. Ripuar. Tit. 50. Bajuvar. Tit. 11. c. 5.

45) Leg. Alaman. XXXIII. §. 1. 2. Bajuvar. II. cap. 15.

46) Die Idee, die Competenz der Gerichte nach Summen zu bestimmen, ist altgermanisch. Sachsenspiegel II. 13. Baier. Rechtbuch v. 1346. Tit. 13. cap. 4.

47) Ihre Geschichte ist vorzüglich lehrreich für die Geschichte des summar. Prozesses. Literatur darüber s. in meinen Grundsätzen des deutschen Privatr. §. 119. Not. 8.

ten den Burrichter [48]) und ähnliche Beamte [49]) finden, die über kleine Fälle vom geringen Betrage sprechen konnten, so zeigt dies Alles, daß man die Nothwendigkeit einer Trennung von dem ordentlichen und einem einfacheren abgekürzten Verfahren fühlte. Manche Clauseln, welche den Vereinbarungen hinzugefügt wurden, z. B. die Clausel mit und ohne Recht hatte ohnehin die Wirkung eines besonderen summarischen Verfahrens, und nimmt man dazu noch, daß schon das Magdeburgische Weichbild [50]) dem Burggrafen und Schuldtheißen das Recht giebt, selbst über bekenntliche Schulden zu richten, daß auch rein deutsche Partikularrechte, z. B. das Culmische [51]), von Fällen reden, in welchen der Richter ohne Schöppen richten mag, und betrachtet man die Gastgerichte des Mittelalters [52]), vor welchen über liquide Schulden, insbesondere bei Klagen der Fremden oder gegen Fremde, ein schnelles

---

48) Z. B. in Soest richtete er über Schulden bis 6 Denarien, s. Haeberlin analecta med. aevi pag. 507. Gaupp über Städtegründung S. 353.

49) Z. B. in Celle richtete der Frohn bis 12 Pfennigen. Leibniz script. rev. Brunsric. III. pag. 483., auch in Dortmund auf ähnliche Art. Wigand Gesch. von Corvei II. S. 212. Bodmann Rheingauische Alterthümer. Maurer Geschichte des german. Verfahrens S. 139. Schröter Abhandlungen II. Th. S. 72.

50) Art. 46.

51) Altes Culm. Recht II. 28. Revidirtes II. Buch 2 Titel cap. 4.

52) Balthasar. de jurib. peregrin. singul. circa proc. cap. 1. Bremische Statuten in Pufendorf Obs. 4. ad p. 84. Kopp Nachrichten v. d. geistl. u. weltl. Gerichten in Hessen, 1 Thl S 399—403.

Verfahren eintrat, und berücksichtigt man den Divernachtsprozeß [53]) in den alten Statuten, der eine Art von Executivprozeß enthielt, so ist der Sache nach der summarische Prozeß nicht zu verkennen.

Die Reichsgesetzgebung, welcher überall die Praxis der geistlichen Gerichte vorschwebte, nahm den schon vielfach ausgebildeten Unterschied vom ordentlichen und außerordentlichen Verfahren auf; und zwar, indem sich eine zweifache Klagform ausbildete, die der artikulirten und die der nicht artikulirten Klage, (auch Summariklage genannt), und indem die Kammergerichtsordnungen gewisse Fälle als causas extraordinarias bezeichneten [54]), in welchen summarisch verhandelt werden sollte, obwohl freilich zunächst der Unterschied von den ordinariis sich nur auf die verschiedenen Sitzungen, in welchen die Sachen verhandelt wurden, und auf die Termine sich bezog. Nach der Art, wie überhaupt der gemeine deutsche Prozeß sich fortbildete, ging die Ansicht der Reichsgesetze bald in die Landesgerichtsordnungen über, welche zuerst in den Hofgerichtsordnungen ähnliche Unterschiede, wie sie in Reichsgerichten vorkamen, aufstellten, dann überhaupt von geringen Sachen sprachen [55]), und bei diesen einen summarischen Prozeß anordneten, wobei zwar über die Summe, unter welcher eine Sache als geringschätzig erschien, die größte Verschiedenheit in den Gesetzen vorkam [56]).

---

53) Bodmann in Siebenkees neues jurist. Magazin I. Band. Nro. 12.

54) S. oben die Note 6.

55) S. auch Schröter Abhandl. II. Thl. S. 49–72.

56) Statute darüber s. gesammelt Giesebert peric. statutor. p. 609. Nach einigen Statuten, z. B. Pommerische Lan-

An einer festen Grundlage für den Unterschied vom ordentlichen und summarischen Prozeß fehlte es durchaus; unter der Rubrik: von geringfügigen Sachen suchte man viele Gegenstände als summarisch zu bezeichnen; es bildeten sich aber auch allmählig viele einzelne Arten von abweichenden Prozessen aus, z. B. Mandats-Besitz-Arrestprozeß, und für alle wurde der gemeinschaftliche Namen: summarischer Prozeß gebraucht. Die Gesetzgebung selbst fühlte die Ungewißheit und das Schwanken der Meinungen über den processus summarius, und man darf, um sich davon zu überzeugen, nur den Gang der sächsischen Gesetzgebung verfolgen, welche sich sogar genöthigt sah, in einem gewissen Sinne den von ihr zuvor aufgestellten Unterschied von causis ordinariis et summariis wieder aufzuheben [57]).

Erst im 18ten Jahrhunderte fing man an, zuerst über das Verfahren in geringfügigen Sachen Gesetze zu geben, unter denen das sächsische Mandat vom 28. Nov. 1753 eine besondere Erwähnung verdiente [58]). Bald folgten in den sächsischen Fürsten-

---

desordn. v. 1566. Tit. 29. §. 2. sollen die Gerichte ermessen nach Gelegenheit der Person und anderen Umständen, welche Sache geringschätzig sey.

57) Man vergleiche die sächs. Erledigung der Landesgebrechen v. 1661 Tit. von Justitiensachen §. 8. mit dem Anhang zur erläuterten Prozeßordnung (in Ausgabe Dresden 1724 S. 300.)

58) Schellwitz de causar. minutar. indole. Vit. 1765. s. auch derselbe de caus. minutis secundum praxin camerae. Vit. 1766. Mytii de causis minut. Lips. 1744. Leyser de causis summariis. Vit. 1749. Schott Grundlinien des prozessual. Verf. in geringfügigen Sachen nach chursächs. Gesetz. Leipz. 1799. Junghaus de finib. reg. circa causas

thümern [59]) über den nämlichen Gegenstand ähnliche Verordnungen. Unter den Partikulargerichtsordnungen, die über die einzelnen summar. Prozesse umständlicher und zweckmäßig sprachen, muß die baierische [60]) genannt werden. In den meisten Ländern war aber die Ausbildung des Verfahrens der Praxis überlassen, nur findet sich, indem der Gerichtsgebrauch auf römische und canonische Stellen und auf die Ansichten der Practiker des Mittelalters Rücksicht nahm, eine gewisse Uebereinstimmung in den Hauptpunkten über die Zahl der Fälle und die Abweichungen des summarischen Prozesses. Am durchgreifendsten faßte im vorigen Jahrhunderte erst die preußische Gesetzgebung die Lehre auf. Schon an sich war durch den Geist des preußischen Verfahrens, durch die Erleichterung für die Partheien, auch ohne Anwälde bei Gericht ihr Recht zu finden, durch die größere Thätigkeit des Richters, die Wahrheit aufzuhellen, indem er nicht blos an die oft schlau gedrehten und gestellten Partheienschriften sich halten mußte, und durch die mündliche Form des Verfahrens, viel für die Vereinfachung des Prozesses gethan, der ordentliche Prozeß war ohnehin jetzt mehr auf Abkürzung berechnet, so daß das Bedürfniß, durch viele Arten von summarischen Prozessen den Nachtheilen des langsamen Prozesses in vielen Fällen entgegenzuwirken, weniger dringend

---

minut. Lips. 1805. Haubold Anl. zur Behandl. geringfüg. Rechtssachen nach sächs. R. Leipzig 1807.

59) Kori Theorie der sächs. summar. Proz. S. 97—119.

60) Cod. Jud. bav. v. 1753 spricht in cap. III. §. 3—5. vom Prozeß in geringfügigen Sachen, vom Besitzproceß und Executivproceß; in cap. IV. §. 5—6. vom Provokationsproceß und in cap. V. §. 6. 7. vom Mandatsproceß.

war. Der Gesetzgeber hatte aber weise erkannt, daß die neue Form vorzüglich dann passe, wenn Collegialverfassung und zweckmäßiges Zusammenwirken von Instruenten und Decernenten eine Controlle gewährten.

Für die Untergerichte [61], bei welchen Collegiälverfassung wegfiel, persönliches Erscheinen der Partheien als Regel betrachtet werden konnte, und die Nähe der Partheien kürzere Fristen gestattete, bildete sich von selbst ein von dem bei Collegialgerichten entstehenden regelmäßigen Verfahren abweichender Prozeß. Da aber auch bei den Obergerichten gewisse Sachen von minderem Betrage [62] vorkamen, so bedurfte es auch hier der Anordnung eines besonderen Verfahrens, und durch die Ernennung eines beständigen Deputirten zur Haltung von Gerichtstagen [63] erreichte das Gesetz den Vortheil, daß unbedeutende Sachen von 10 Thalern oder weniger noch schneller geschlichtet werden konnten. Ausser diesen Verfahrungsarten stellte aber die preußische Gerichtsordnung, indem sie sich an die durch deutsche Praxis eingeführten Bezeichnungen anschloß, noch besondere summarische Prozesse, z. B. den Wechsel- Executiv- Arrest- Besitz- Provokationsprozeß auf [64], wozu der Gesetzgeber noch gewisse ausserordentliche Verfahrungsarten bezeichnet, in welchen die richterliche Thätigkeit eine eigenthümliche Richtung nehmen muß, und durch die vielen bei der Verhandlung entscheidenden Rücksichten und

---

61) Preuß. Gerichtso. Tit. XXV.
62) Preuß. Gerichtso. Tit. XXVI. §. 1.
63) Gerichtso. Tit. XXVI. §. 15.
64) Preuß. Gerichtso. Tit. XXVII–XXXII.

vorkommenden Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein gemischtes Verfahren entsteht, z. B. bei Todeserklärungen, Prodigalitätserklärungen, Gränz- und Bausachen, Gemeinheitstheilungen, Erbtheilungen [65]. Die neuere deutsche Gesetzgebung, überall im Prozesse reformirend, blieb auch in Ansehung der summar. Prozesse nicht zurück; nur waren die gewählten Wege höchst verschieden. Zu den vollständigsten Prozeßordnungen darüber gehörte die freilich nur ephemere großh. frankfurtische Prozeßordnung [66], die in der zweiten Unterabtheilung des ersten Theils unter der Rubrik: besondere Prozeßarten, 1) von dem summarischen Prozesse, 2) vom Wechselprozesse, 3) vom Arrestverfahren, 4) Provocation, 5) Besitzprozeß, 6) vom Verfahren bei Entschlagung oder Antretung einer Erbschaft, 7) vom Concursprozesse, 8) Güterabtretung, 9) Nachlaßverfahren, 10) Verfahren in schiedsrichterlichen Entscheidungen, 11) in Ehesachen handelte. Andere Prozeßordnungen kamen dadurch zu einer anderen Anordnung des summarischen Verfahrens, daß sie entweder an die Gemeinderäthe die Entscheidung über Sachen von bestimmtem Betrage verwiesen [67], oder das mündliche Verfahren vor den Aemtern als Regel erklärten, und das bisherige schriftliche (also den ordentlichen Prozeß) nur Ausnahmsweise bei Untergerichten zuließen [68]. Andere Gesetzgebungen ga-

---

65) Preuß. Gerichtso. Tit. XXXVII—XLVI.

66) Vom 7. Oct. 1812.

67) Z. B. Würtenberg. Organis. Edict v. 31. Dec. 1818. I. Edict über die Rechtspflege in d. unteren Instanzen §. 3. 13 u. Novelle v. 15. Sept. 1822. §. 9.

68) Z. B. Nassauische Verwaltungsordnung in der Samml. der landesherrl. Edicte. II. Thl. S. 45.

ben nur Vorschriften über die Behandlung geringfügiger Sachen, insbesondere gehören dahin die Schwarzburg-Rudolstädter [69]), eine Bremische [70]), Weimarische [71]), Anhalt-Dessauische [72]), und eine hannöverische [73]) Verordnung. Die vollständigeren neueren Prozeßordnungen, z. B. die Bernische [74]), die Gerichtsordnung des Kantons Tessin [75]), die Nassauische [76]), Oldenburgische [77]), enthalten umfassende Vorschriften über die summarischen Prozesse. Je mehr aber der Gesetzgebung die Ueberzeugung sich aufdrang, daß die Einrichtung des Verfahrens im innigsten Zusammenhange mit der Gerichtsorganisation stehe, und daß die Aufzählung vieler einzelner summarischer Prozeßarten um so entbehrlicher werden müsse, je zweckmäßiger das regelmäßige Verfahren organisirt würde, desto wichtiger und tiefeingreifend mußte die Organisation des summarischen Verfahrens in dem Verhältnisse zu dem ordentlichen werden. Vorzüglich merkwürdig ist in dieser Beziehung das Prozeßgesetzbuch für den Kanton Geneve [78]). Dies Gesetzbuch will den

---

69) Abgedr. in der Prozeßordnung für Rudolstadt, neu gesammelt. (Rudolstadt 1825) II. Th. S. 98.

70) Vom 21. Dec. 1818. s. aber auch Brem. Gerichtso. von 1820. §. 66. 67.

71) Weimar. Ges. v. 31. Mai 1817.

72) Vom 10. Julius 1822.

73) Vom 24. April 1823 für die Graffschaft Bentheim.

74) Gesetzbuch v. 1821. Art. 293—97.

75) Codice di procedura civile. Locarno 1821. §. 169—174.

76) V. 23. April 1822. §. 93. 94.

77) V. 15. März 1824. §. 9. 21.

78) Loi sur la procédure civile pour le Canton de Genève. Genève 1819 verglichen mit dem Exposé des motifs de la loi sur la procédure, par Bellot p. 42—48.

Unterschied von ordentlichen und summarischen Sachen ganz verbannen, da der Werth der Sachen keinen gerechten und sicheren Anhaltspunkt gewähre, und da es inconsequent wäre, die summarischen Sachen, also diejenigen, die am häufigsten vorkämen, als die ausserordentlichen zu betrachten. Der Code handelt nun umständlich (Titel II.) von den provisorischen Maaßregeln, schreibt dann als Regel vor, daß sogleich nach dem Anbringen der Sache bei Gericht die mündliche Verhandlung beginne, gestattet aber, daß das Gericht wegen der faktischen oder rechtlichen Verwickelung der Rechtssache einen der Plädoirie vorausgehenden Schriftenwechsel anordne; (Art. 73.) das Gericht kann aber auch die Niederlegung der verschiedenen Urkunden und der mémoires der Partheien bei Gericht verordnen, und blos nach diesen Schriften ohne Plädoirie urtheilen (Art. 91.) Das Gesetzbuch für das Waatland [79]) gestattet jeder Parthei bei Gericht den Vorantrag auf ausserordentliche Verhandlung zu stellen; in manchen Fällen aber kann dies Verfahren ohne weiteres eintreten, z. B. in Paternitätsklagen, Ehescheidung, Alimentengesuchen. Dieser ausserordentliche Prozeß kann in Terminen von acht zu acht, oder selbst von vier zu vier Tagen, und selbst in den Ferien betrieben werden. Als summarisch (causes sommaires) vor den Distriktsgerichten werden persönliche Klagen über 100 und nicht über 400 Franken, Anerkennung eines natürlichen Kindes, Ehescheidung, Besitzklagen, Nullitätsklagen gegen Urtheile verhandelt (Code art. 390. 1.) Die Wirkung besteht in der Aus-

---

79) Code de procédure civile du Canton de Vaud. Lausanne 1825.

schließung der Replik und Duplik. Eigenes Verfahren tritt ein, wenn vor den Friedensrichtern, ein anderes, wenn vor den Friedensgerichten (mit vier Mitgliedern) verhandelt wird (Art. 392. 96.) Weitläufig ordnet nun dies Gesetzbuch unter der Rubrik: des procédures soumises à des règles particulières besondere Verfahrungsarten an, und zwar für Besitzklagen, Vaterschaftsklagen, Sequester einer Erbschaft, Gränzklagen, gewisse Servitutsklagen, Rechnungsablegung, gerichtliche Deposition von Seite eines Schuldners, Injurienprozesse. Im Zusammenhange mit der Gerichtsorganisation ordnet auch die braunschweigische Verordnung [80]) den sogenannten summarischen Prozeß an, und zwar so, daß die Distriktsgerichte die ordentlichen Gerichte erster Instanz sind, die Kreisämter aber nur in Civilsachen, wenn der Gegenstand nicht 20 Thlr. übersteigt, in Sachen des jüngsten Besitzes, oder zur Anlegung eines Arrestes, in Injuriensachen kompetent sind; das Verfahren wurde schon durch Verordnung vom 3. Febr. 1814 normirt, und zwar sollten Sachen unter 100 Thlr. immer nur mündlich, Sachen höheren Betrags schriftlich nur dann verhandelt werden, wenn das Gericht es für zweckmäßig findet.

Am ausführlichsten und auf eine höchst bemerkenswerthe Weise erklärt sich der neue Entwurf der Civilprozeßordnung für Baiern [81]). Der Entwurf

---

80) V. 26. März 1823.

81) Entwurf der Prozeßordnung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. München 1825. s. auch meine Anzeige des Entwurfs in dem Archiv für Civil-Praxis VIII. Nro. 17. und Puchta über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung

ist auf die Voraussetzung gebaut, daß die ordentlichen Gerichtshöfe erster Instanz die Collegialgerichte sind; zur Vermeidung der Nachtheile, welche aber große Gerichtssprengel mit sich führen, sind Einzelngerichte auf dem Lande organisirt, welche für alle Streitsachen, deren Gegenstand nicht 100 fl. übersteigt, über Ehezwistigkeiten, über Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Dienstboten, zwischen Handwerksmeister und Gesellen, zwischen Miethsleuten und Vermiethern, zwischen Reisenden und Gastwirthen, über liquide Forderungen der Grundherrn, über Injurienklagen über Beschädigungen an Feld- und Gartenfrüchten entscheiden sollen. (Entw. Art. 708—14.) Zugleich sind zu ihrer Competenz alle Besitzstreitigkeiten, alle Gesuche um Provisorien, Arrestnachsuchungen, und Executivprozesse gewiesen (Art. 739. 58. 771. 788.) Bei den Einzelnrichtern tritt überhaupt nur mündliche Verhandlung ein. Ein im Entwurfe (Art. 727.) summarisch genanntes Verfahren tritt ein 1) bei den Kollegialgerichten, wenn beide Theile summar. Verfahren verlangen, auch überhaupt in allen vorbereitenden und Incidentsachen, und zur Liquidation des Betrages, 2) in Bagatellsachen vor den Einzelnrichtern (wenn der Streitgegenstand nur 25 fl. beträgt), 3) in der Execution [82]).

In dem heutigen französischen Prozesse hat sich die Ansicht vom summar. Prozesse aus dem älteren Gerichtsgebrauche, insbesondere aus dem bei dem

---

Baierns, mit Hinsicht auf die Verbesserungsvorschläge einer zur Revision der Civilprozeßo. ang. Commission. Erlangen 1826.

82) S. meine Darstellung im Archive für Civilpraxis VIII. Band. S. 419. 435.

Chatelet zu Paris entstandenen Gebrauche, nach welchem der lieutenant civile gewisse Sachen, référés genannt, zu jeder Zeit schnell untersuchen und entscheiden konnte, und aus dem Edicte von 1685 [83]), so wie aus dem Titel [84]) der Prozeßordnung von 1667 gebildet, worin von matières sommaires gehandelt war. 1) Um schon überhaupt für die kleineren Sachen oder für Gegenstände, welche schnell von dem an Ort und Stelle wohnenden Beamten entschieden werden müssen, passende Richter zu geben, entstand das Institut der Friedensrichter [85]), vor welchen ein eigenes abgekürztes, auf Einzelnrichter berechnetes Verfahren, eintritt [86]). 2) In allen Sachen, welche schleunige Abhülfe verlangen, z. B. wegen Gefahr auf dem Verzuge, kann der Präsident des Tribunals oder der stellvertretende Richter zu jeder Zeit von dem Imploranten aufgefordert werden, und kann in der kürzesten Zeitfrist den Imploraten vorladen lassen, und eine freilich dem nachfolgenden ordentlichen Verfahren nicht präjudicirende Ordonnance erlassen, auch augenblickliche

---

83) Carré traité et questions de procédure civile II. p. 415. Merlin repertoire not. XI. p. 103.

84) Tit. XVII.

85) Ueber die Competenz s. meine Schrift: Der gemeine deutsche Prozeß, 2tes Heft, S. 23. Feuerbach über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit, 2ter Theil, S. 36–60. Henrion de Pansey de la compétence des juges de paix. nouv. edit 1822. Biret recueil général et raisonné de la jurisprudence et des justices de paix. Paris 1824.

86) Ueber das friedensgerichtl. Verfahren Code de proc. Art. 1–47. Carré traité et questions I. p. 1–78. Biret procédure compl. et méthod. des justices de paix. Paris 1824.

Vollziehung anordnen [87]. 3) Bei jedem Tribunal ist eine eigene Sitzung [88]) für die Verhandlung von Sachen angeordnet, welche schleunige Entscheidung verlangen (audience des référés), wobei es keines Vorverfahrens, keiner schriftlichen Klage bedarf, die Entscheidung vielmehr schnell erfolgt und summarische Appellation nach sich zieht [89]). In gewissen als sommaires bezeichneten Sachen [90]) tritt bei den Gerichtshöfen summarisches Verfahren ein, ohne vorgängige Vorverhandlung unter Anwälden, so daß die Sache unmittelbar in die Audienz gebracht werden kann, ohne daß ein Vergleichsversuch vorhergeht. Auch die Zeugen werden in diesem Verfahren sogleich in die Sitzung geladen. 5) In gewissen Gegenständen spricht das Gesetz nicht von summar. Verhandlung, sondern Entscheidung. 6) Von besonderen summar. Prozeßarten [91]), wie sie das deutsche Recht kennt, z. B. Mandats-Executivproceß kennt das französ. Recht nichts, und nur ein sehr beschränktes possessorium [92]) und eine Art von Arrestprozeß [93]) kommen vor. Auch könnte der Prozeß vor den Handelsgerichten [94]) und der Ehescheidungspro-

---

87) Code de proc. Art. 808—811.

88) Décret contenant réglément pour la police et discipline des cours et trib. v. 30. März 1808. Art. 57.

89) Code de proc. 806—8. Carré analyse II. p. 561. Carré traité II. p. 416.

90) Code de proc. Art. 404.

91) Code Art. 172. 180. 287 348. 718. 779. Berriat St. Prix cours I. p. 341.

92) Code de proc. Art. 23. s. davon unten bei dem possessorischen Prozesse.

93) Code de proc. 557—70. 613 780.

94) Code de procéd. Art. 414—41.

zeß [95]) hieher gerechnet werden. Wenn zwar in der zweiten Abtheilung des Code de proc. unter der Rubrik: procédures diverses gesetzlich ausgezeichnete Prozeßarten aufgeführt werden, so würde man mit Unrecht darin summarische Prozeßarten finden, denn die dort vorkommenden Verfahrungsarten enthalten entweder gar keine Civilprozeßsachen, z. B. Art. 812. von der Hinterlegung der Zahlung, von der freiwilligen Versteigerung, von der Autorisation einer Ehefrau, von Trennung der Güter, von Einholung des Consenses der Eltern, oder die Verfahrungsarten beziehen sich auf Fälle, welche wir in Deutschland zu Handlungen freiwilliger Gerichtsbarkeit rechnen würden, für welche aber das franzöſ. Gesetz, welches den Notarien, als den sonstigen Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, diese Geschäfte nicht überlassen konnte, besondere Regeln des Verfahrens vorschreiben mußte.

Untersucht man nun genauer das Verhältniß des sogenannten summarischen Prozesses zum ordentlichen, so kann wohl darüber kein Zweifel mehr seyn, daß die einst gewöhnlich aufgestellte Ansicht, nach welcher der Character des summarischen Prozesses in der Abkürzung bestehen soll, unverträglich mit dem Character mehrerer summarischer Prozeßarten ist, bei welchen nicht die Abkürzung, sondern nur das Berechnen des Verfahrens nach einem gewissen Bedürfnisse und nach Eigenthümlichkeiten des Falles die Aufgabe bildet. Auch ist die Meinung, welche im summarischen Prozesse nur denjenigen erkennt, in dem die wesentlichen Bestandtheile des ordentlichen Prozesses vorkommen, als ungenügend einge-

---

95) Code civile Art. 234—66.

sehen worden, weil der Streit, welche Theile wesentlich sind, immer noch unentschieden ist, weil auch jeder summarische Prozeß gewisse relativ wesentliche (dieser Prozeßart eigenthümliche) Bestandtheile enthält, und weil die gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten für den Richter ebenso bindend seyn müssen, als die durch die obersten Grundsätze des Prozesses gebotenen Vorschriften, und weil manche summarische Prozeßarten nicht weniger Formalitäten enthalten, als die ordentlichen Prozesse, weil auch überhaupt ja der Prozeß aus Formen besteht, und es nicht wohl möglich ist, einen von allen Förmlichkeiten entkleideten Prozeß aufzustellen [96].

Nur durch die Erwägung der Grundmerkmale des als Regel für die Verhandlung bürgerlicher Rechtssachen geltenden Prozesses, und durch die Untersuchung der Bedürfnisse und Eigenthümlichkeiten gewisser Fälle, welche ein besonderes Verfahren verlangen, kann das wahre Verhältniß gefunden werden, und v. Gönner [97] hat wohl von den deutschen Schriftstellern das Verdienst, zuerst auf diesen Zusammenhang aufmerksam gemacht zu haben.

Jedes als sogenannter ordentlicher Prozeß vorgeschriebene Verfahren beruht I. auf dem Streben, das streitige Rechtsverhältniß unter den Partheien zu einem unwandelbaren peremtorischen Rechtszustande zu bringen, so daß der Streit auf immer ein Ende hat, und über die jetzt entschiedenen Punkte nicht wieder ein neues Verfahren entstehen kann.

---

96) Ueber die verschiedenen Meinungen Globigs in seinem System der Gesetzgebung S. 270. u. Puchta's über die Gränzen des Richteramtes S. 52. s. meine Bemerkungen im Archive für Civilpraxis VII. S. 390. 91.

97) v. Gönner Handbuch des Proz. IV. Band. Nro. 80.

II. Daher gestattet auch das Gesetz wegen des Strebens nach einem definitiven Rechtszustande die höchste Vollständigkeit in der Entwickelung der Rechtsansprüche, so daß alle Streitigkeiten, die irgend mit dem streitigen Rechtsverhältnisse zusammenhängen, in den Streit hereingezogen und zur Verhandlung gebracht werden dürfen; daher z. B. auch Widerklagen gestattet sind, und in der Regel nicht ad separatum gewiesen werden dürfen. III. Daher erlaubt das Gesetz aber auch den Partheien, die sich nicht mehr durch nachfolgende Prozesse helfen können, die umfassendste Rechtsvertheidigung; daher erklärt es sich z. B., daß auch die in ihrer Verhandlung noch so weit aussehende exceptio compensationis zum Beweise ausgestellt werden kann, wenn auch die Vollstreckung der völlig liquiden Klage gehindert wird, weil alle Verhandlungen als ein Ganzes gelten, und Alles auf einmal verhandelt werden soll. IV. Aus diesem Grunde sind die Partheien im Gebrauche der Beweismittel höchst unbeschränkt, daher kann die Parthei zwischen dem einfachen Urkundenbeweise und dem verwickelten Zeugenbeweise wählen, und die weitaussehenden Mittel der Wahrheitserforschung, z. B. Gewissensvertretung durch Beweis, sind erlaubt. V. Aus diesen Rücksichten erklärt es sich aber auch, warum das Gesetz zur Verhandlung dieser oft höchst verwickelten Gegenstände viele Formen vorschreibt, welche den Richter zur Bedächtlichkeit auffordern und Ordnung in das verwickelte Verfahren bringen sollen, damit nicht Uebereilung und Oberflächlichkeit der Instruction und der Entscheidung entstehe; daher auch das Gesetz längere Fristen gestattet und selbst in Ansehung der Verlängerung nachsichtiger ist, damit nicht die Partheien über zu große Eile oder Mangel an Zeit zur Vorbereitung

sich beklagen können. Auf der andern Seite aber führt das Bedürfniß auf andere Fälle, in welchen Abweichungen von den eben bezeichneten Merkmalen gerechtfertigt werden.

I. Es giebt Fälle, in welchen die Besorgniß einer Selbsthülfe, zu welcher nach der Natur des Streites die Partheien leicht veranlaßt werden, oder die Gefahr eines unvermeidlichen oder schwer ersetzlichen Schadens, z. B. bei Dammdurchstichen, Wasserableitungen die Gesetzgebung nöthigt, der bedrängten Parthei ein Mittel des schnelleren Schutzes an die Hand zu geben und einen vorläufigen Rechtszustand unter den Partheien begründen zu lassen, um nur der dringenden Gefahr vorzubeugen, während der ordentliche Prozeß, in welchem das Rechtsverhältniß noch einmal nach allen seinen Beziehungen untersucht werden kann, durch das vorläufige Urtheil nicht abgeschnitten werden soll.

II. Statt die größte Vollständigkeit und das Hereinziehen aller möglichen Rechtsfragen zu gestatten, sieht sich in anderen Fällen das Gesetz genöthiget, von den verschiedenen möglichen Rechtsfragen nur einige in dem Prozesse hervorheben zu lassen, so daß die Verhandlung und das Urtheil nur darauf sich zu beschränken hat, daher man von nicht erschöpfenden Prozeßarten sprechen könnte, z. B. im Executiv- und im Besitzprozeß.

III. Theils die erwähnte Rücksicht, theils die besonders begünstigte Natur gewisser Beweismittel, theils die Einfachheit derselben, theils Begünstigung gewisser Rechtsverhältnisse, z. B. bei dem Wechselcredit, bewegen die Gesetzgebung zur Einführung von Prozeßarten, in welchen eine scheinbare Beschränkung der Rechtsvertheidigung eintritt, indem manche weit aussehende, oder die Realisirung des

einfachen und liquiden Klaggegenstandes hindernde Punkte ad separatum gewiesen werden.

IV. Daher erklärt sich auch die Beschränkung im Gebrauche gewisser Beweismittel in bestimmten Prozeßarten, weil mit dem Zwecke, ein provisorium einzuführen, oder mit der beabsichtigten Begünstigung gewisser Beweismittel und Verhältnisse andere, ein weitläufiges Verfahren fordernde Beweismittel unverträglich wären.

V. Die Beschränkung der Förmlichkeiten, die Abkürzung der Termine, die Strenge in Bezug auf Verlängerung derselben sind nothwendige Folgerungen aus der Natur solcher einfachen oder nicht auf Erschöpfung des Rechtsverhältnisses berechneten Prozeßarten.

Der Umfang und die Zahl solcher vom ordentlichen Gange abweichender Prozeßarten, so wie ihr Verhältniß zum ordentlichen Prozesse wird durch die Gerichtsverfassung bestimmt. Jemehr nach der bestehenden deutschen Gerichtsorganisation ein Untergericht für alle möglichen Rechtsstreitigkeiten (mit Ausnahme privilegirter Sachen) als kompetent galt, und sich daher ein gewisses regelmäßiges und leider schlendrianmäßiges Verfahren bildete, desto mehr mußte man darauf kommen, die Zahl von Sachen zu vermehren, in welchen aus der Einsicht des Bedürfnisses ein vom ordentlichen Gange abweichendes Verfahren entstand, und da man für ein abweichendes Verfahren schon nach canonischem Sprachgebrauche den Ausdruck: summarisch hatte, so wurde es Sitte, jede vom ordentlichen Gange abweichende Form einen summarischen Prozeß zu nennen; — die Zahl solcher Formen wuchs um so mehr, als bei den Reichsgerichten gewisse Prozeßarten entstanden, die man bald auch in den Landesgerichten nachahmte.

Sobald die Gerichtsorganisation in der Art sich ändert, daß man collegialisch organisirte Gerichte als die regelmäßigen Gerichte erster Instanz anordnet, muß ein auf die Collegialität berechnetes Verfahren auch als das regelmäßige (ordentliche) sich bilden. Da man aber bald die Nachtheile erkennt [98]), welche eine solche Einrichtung von großen Gerichtssprengeln nach sich ziehen würde, z. B. wenn nur für 80000 Seelen ein Gericht bestünde, so führt das Bedürfniß darauf, Gerichte zu organisiren, welche, dem rechtsbedürftigen Volke nahe, ohne Mühe und Kosten zur Entscheidung gewisser Streitsachen aufgefordert werden können. Wollte man blos große Kollegialgerichte einführen, so würde die Beschwerlichkeit für den Rechtssuchenden, sechs und acht Stunden weit zu gehen, um das Gericht und rathgebende Anwälde zu finden, den Aermeren und Schüchternen nöthigen, lieber seine Rechtsverfolgung aufzugeben. Auch würden in einfachen Gegenständen die Kosten für Bestellung entfernter Anwälde, für Reisen, um sie zu instruiren, für Aufnahme von Augenschein und Vernehmung von Zeugen leicht den Betrag des Streitgegenstandes übersteigen. In manchen Fällen, wo es auf schnelle Entscheidung ankömmt, z. B. wo Gefahr auf dem Verzuge ist, oder wo nur durch Lokaluntersuchung am Orte, worauf sich der Streit bezieht, eine gerechte Entscheidung möglich wird, würde die Aufstellung von Gerichten mit großen Gerichtssprengeln eine ebenso unsichere als kostspielige Rechtspflege gewähren, und die weise Absicht der Gesetzgebung, in der Mehrzahl der Fälle durch persönliches Erscheinen der Partheien

---

98) S. noch Puchta über die bürgerliche Rechtspflege S. 211.

vor Gericht die Aufhellung der Wahrheit zu erleichtern, würde durch die Schwierigkeit vereitelt werden, die Unterthanen zu kostspieligen Reisen an das Gericht zu nöthigen. Aus solchen Rücksichten hat auch die französische Gesetzgebung durch Organisation der Friedensgerichte den Nachtheilen ausgedehnter Gerichtsbezirken abzuhelfen gesucht, und auch in Deutschland erkennt man die Nothwendigkeit ähnlicher Einrichtung, die sehr zweckmäßig mit einer Umgestaltung der deutschen Aemter oder Landgerichte [99]) bewirkt werden kann. Es kömmt nur darauf an, die Competenz dieser Untergerichte so zu bestimmen, daß nicht durch zu große Ausdehnung derselben der Sache nach die Organisation der Kollegialgerichte vereitelt werde. Dem Verhältnisse der Einzelngerichte entspricht am natürlichsten die Competenz in allen Sachen, 1) in welchen die präsumtive Einfachheit des Rechtsverhältnisses die Geringfügigkeit der Summe des Streitgegenstandes und das Mißverhältniß von Zeit- Kosten- und Kraftaufwand der weitläufigen collegialischen Verhandlungsweise mit der Einfachheit der Sache die Anordnung eines einfacheren Verfahrens verlangt; in so ferne rechtfertigt es sich gewiß, die Competenz nach Summen zu reguliren; 2) in allen Sachen, in welchen das Gesetz wegen der Gefahr der Selbsthülfe, oder wegen der Gefahr, die auf dem Verzuge schwebt, eine schnelle Entscheidung und provisorische Anordnung treffen zu lassen, Interesse hat, oder 3) wo nach der Natur des Gegenstandes nur von dem mit den Ver-

99) Eine ebenso wahre als lebendige Schilderung der Geschäftslast deutscher Untergerichte s. in Puchta l. c. S. 179–209.

hältnissen des flachen Landes und mit der Lokalität Vertrauten, oder wo überhaupt durch Besichtigung an Ort und Stelle am leichtesten entschieden werden kann, z. B. bei Störungen über Wasserlauf, novi operis nunciatio. 4) Endlich kommen Fälle vor, in welchen die Entscheidung weniger oft nach streng juristischen Regeln, als mehr nach Billigkeit und von dem mit einer gewissen Art von Verhältnissen genau vertrauten Beamten geschehen kann, eine weitläufige Verhandlung aber nur dazu dienen würde, die Sache noch verwickelter zu machen, z. B. in Streitigkeiten zwischen Dienstherrn und Gesinde, wegen des Gesindelohns. Wird die Competenz der Einzelnrichter nur auf die erwähnten Gegenstände beschränkt, so wirkt die Organisation solcher Friedens- oder Untergerichte höchst zweckmäßig; die in dem neuen baier. Entwurfe bestimmte Competenz ist offenbar zu sehr erweitert, z. B. wenn selbst alle Gegenstände, die in possessorio ordinario zu verhandeln sind, alle Arrestprozesse, und der Executivprozeß an Einzelnrichter gewiesen sind. Gewiß wird dadurch die Entscheidung mancher Fälle, deren Verhandlung ebenso faktisch als juristisch verwickelt werden kann, an Einzelnrichter gewiesen, deren Eigenschaften und Befugnisse in Bezug auf das Verfahren gar nicht im Verhältnisse mit den Forderungen stehen, welche die Partheien bei Verhandlung verwickelter Gegenstände an die Richter stellen können [100]).

Durch die Organisation von collegialisch eingerichteten Kreisgerichten und Einzelnrichter in kleineren Bezirken bildet sich von selbst eine Verschieden-

---

100) S. meine Bemerkungen im Archive für Civil-Praxis VIII. Band. S. 418–424.

heit des Verfahrens, indem für die an die Kollegialgerichte gewiesenen Sachen ein auf Audienzen berechnetes Verfahren, das die oben geschilderten Grundmerkmale des ordentlichen Prozesses an sich tragen soll, und für die zur Competenz der Einzelnrichter gewiesene Gegenstände, ein der Natur dieser Gegenstände entsprechendes einfaches und auf persönliches Erscheinen von Partheien berechnetes Verfahren eintreten wird. In so ferne könnte man auch das Verfahren vor den Einzelnrichtern ein summarisches nennen, weil es von dem als Regel für die Collegialgerichte erklärten ordentlichen Verfahren abweicht; allein diese Ansicht würde unpassend seyn, weil jede dieser Verfahrungsarten für die Gerichte, bei welchen sie vorkömmt, und für die ihr anpässenden Sachen die regelmäßige und ordentliche ist, und weil es auffallend klingen würde, wenn man die präsumtive (der Summe nach) wichtigeren und verwickelten Sachen als die ordentlichen, und die weit überwiegende Mehrzahl der bei den Untergerichten vorkommenden Sachen nur als Ausnahmen, und das bei ihnen eintretende Verfahren als ein summarisches oder ausserordentliches betrachten wollte. Wir finden zwar noch immer in der deutschen Praxis und in deutschen Prozeßordnungen die Ansicht vorherrschend, daß der langsamere schriftliche Prozeß als der ordentliche, und der in gewissen Gegenständen eintretende mündliche als der summarische betrachtet wird, daß man auch alle Sachen in solche, die im ordentlichen Prozesse, und in solche, die summarisch zu verhandeln sind, eintheilt.

Frägt man um die Richtigkeit dieser Ansicht, so hängt sie, ausser der bisher entwickelten Rücksicht auf Gerichtsorganisation, auch mit der Frage über Zweckmäßigkeit der schriftlichen oder münd-

lichen Verhandlung zusammen [101]. Man hat sich allgemein zur Ansicht geneigt, daß dem Verfahren vor Einzelngerichten die Mündlichkeit, und dem vor den Collegialgerichten die schriftliche Form korrespondire, und jedem dieser Gerichte ist dann ein gewisses gesetzlich bestimmt geregeltes Verfahren vorgeschrieben, z. B. bei dem Landgerichte soll mündlich ad protocollum, bei dem Collegialgerichte soll in vier Schriftsätzen, oder nach vorausgegangenen Verfahren unter Anwälden durch Plädoirie verhandelt werden. Darin aber scheint ein großer Fehler zu liegen, dessen Grund darin zu suchen ist, daß man auch im Civilprozesse das richterliche Ermessen zu sehr in Fesseln schlagen, und an eine absolute Form binden will. Statt zu erwägen, daß es dem Gerichte, welches über den Fall zu entscheiden und Wahrheit zu finden hat, überlassen seyn soll, welche von den verschiedenen in dem Gesetze zu bezeichnenden Verhandlungsformen in dem einzelnen Falle die zweckmäßigste wäre, muß das Gericht jede Sache in dem Schriftenwechsel verhandeln lassen, in jeder status causae reguliren, oder wie in Frankreich in jeder Sache erst das ohnehin unzweckmäßige aussergerichtliche Verfahren zwischen Anwälden durchwandeln lassen. Warum gestattet man nicht bei den Collegialgerichten, daß, wenn die Sache von dem Kläger vorgetragen ist, das Gericht entweder sogleich die mündliche Antwort und die Plädoirie beider Theile anordne, oder zur mündlichen Verhandlung eine der folgenden Sitzungen bestimme, oder die Partheien anweise, Schriften über den Fall zu wechseln, und

---

101) Meine Bemerkungen im Archive für Civilpraxis VIII. S. 431.

über das Faktum deutlich sich zu erklären? [102]) Warum gestattet man nicht auf ähnliche Weise dem Einzelnrichter verschiedene Wege der Verhandlung, entweder die vor ihm angebrachte Sache sogleich ohne protokollarische Verhandlung zu entscheiden, oder nach wechselseitig gepflogenen Verhandlungen in der nächsten Sitzung das Urtheil auszusprechen, oder den Partheien eine Art von Schriftenwechsel (entweder daß jede nur eine Schrift, oder jede zwei Schriften einreichen darf) zu gestatten? [103]) Durch die von manchen neuen Gesetzbüchern und Entwürfen ausgesprochene Ansicht aber, nach welcher eine Art von Procedur für alle Sachen, die an das Tribunal gelangen, und eine andere Form für die Sachen der Einzelnrichter vorgeschrieben ist, entsteht der Nachtheil, daß die wichtigsten und verwickeltsten Fälle, welche dem Betrage der Summe nach an das Einzelngericht gewiesen werden müssen, ebenso verhandelt werden sollen, wie die einfachsten Sachen, und das Collegialgericht ebenso den nämlichen Zeit- und Kostenaufwand des ordentlichen Verfahrens für die einfachste Rechtssache, wie für die schwierigste, anwenden muß.

Man würde mit Unrecht daraus ableiten, daß der Verfasser dieser Bemerkungen die Competenzregulirung der Gerichte nach Summen ganz verwerfen wollte. Zwar giebt es Schriftsteller, welche jede Trennung der Sachen nach Summen ganz verbannen wollen [104]),

---

102) Sehr zweckmäßig hat diese verschiedenen Wege die Prozeßordnung für den Canton Geneve dem Ermessen des Gerichts heimgestellt. Code Art. 57. 62. 71 — 74. 78. 82. 91.

103) Meine Bemerkungen im Archiv VIII. S. 432.

104) Vorst Grundlinien für eine vernünftige Civilprozeßordnung

indem vor den Augen der Gerechtigkeit keine Sache wichtiger seyn dürfe als eine andere, auch der Streit wegen einiger Thaler ebenso viele Verwickelungen und Schwierigkeiten enthalten könne, als ein Prozeß um viele Tausende. Das Abwägen der Prozeßgegenstände nach Summen, werde selbst, behaupten diese Schriftsteller, eine Quelle von Zweifeln und Unbilligkeiten, indem, wenn man die Zinsen hinzurechne, der Lauf eines Tages die Summe, und damit das Recht ändern müßte, wenn man aber die Zinsen nicht rechnen wollte, ausgesprochen werden müßte, daß 100 Thlr. Zinsen nicht so gut wären als 100 Thlr. Kapital. Allein die Consequenz einer solchen Ansicht müßte unsere ganze Prozeßgesetzgebung umgestalten, und peremtorische Termine, wo oft nur Versäumniß einer Stunde entscheidet, und Beschränkung der Rechtsmittel wegen fehlender Apellationssummen müßten dann ganz verbannt werden [105]. Eine Prozeßordnung ohne gewisse Durchgriffe, die in neun und neunzig Fällen wohlthätig wirken, und gerecht sind, und vielleicht im hundertsten Falle drückend werden können, wird nicht leicht bestehen können, und wenn nur das Verfahren in den minderwichtigen Sachen in kein tumultuarisches ausartet, wenn die Gerichte überhaupt gut organisirt sind, und die sogenannt summarischen Fälle nicht als unbedeutende Nebensachen betrachten, so ist eine Ver-

---

S. 84. Engelhard Entw. einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerl. Rechtsstreitigk. S. 201. Bellot exposé des motifs de la loi de procédure pour le Canton de Genève p. 42. Globig censura rei iudicialis pars II. p. 229.

105) Meine Schrift: Der gemeine deutsche Prozeß III. Heft. S. 23.

letzung der Gerechtigkeit nicht zu befürchten. Daß man Zinsen und Früchte nicht bei der Berechnung der Summe hinzurechnet, ergiebt sich leicht, weil sonst durch den mit dem jeden Tage erfolgenden Wechsel der Summe auch die Prozeßart sich ändern müßte [106]. Uebrigens darf der Grund der Aufstellung des Unterschieds von minderwichtigen Sachen nicht darin gesucht werden, daß die Gesetzgebung das wegen kleinerer Summen an den Partheien begangene Unrecht weniger berücksichtigt, sondern 1) in der Vermuthung der Einfachheit der Rechtsverhältnisse, welche wegen geringer Summe Gegenstände einer Klage werden, und 2) in dem Mißverhältnisse zwischen Zeit- Kosten- und Kraftaufwand und der Einfachheit des Streitgegenstandes [107].

Die Mehrzahl der geringfügigen Sachen werden Darlehens- Lohn- Entschädigungssachen seyn, und bei diesen ist praesumtive der Klagegrund so einfach und mit den gewöhnlichen Lebensverhältnissen zusammenhängend, daß eine besondere Verwickelung nicht leicht vorkömmt. Es kann zwar nicht geläugnet werden, daß auch bei Klagen über Summen unter 100 fl. sehr verwickelte Fälle und schwierige Rechtsfragen vorkommen könnten, z. B. über redhibitorische Klagen, über Erbvertrag, über die Frage: ob eine Sache als thesaurus betrachtet werden muß, und insbesondere scheint die unbedingte Anwendung des summar. Prozesses bei Sachen unter einem gewissen Betrag sehr drückend, wenn der zwar an sich

---

106) Archiv für Civilpraxis VIII. S. 118.

107) Daher hat schon Maranta de ordine judic. p. IV. diss. IX. Nro. 73. eine causa brevis diejenige genannt, in qua plus expenderetur in sportulis quam sit valor causae.

geringe Gegenstand das ganze Vermögen einer Parthei ausmacht [108]; allein mit Unrecht würde eine Gesetzgebung schon in limine judicii einen oft zu weitläufigen Beweisen führenden Streit darüber zulassen, ob das ganze Vermögen einer Person betheiligt ist; nur die Schwierigkeit der Entscheidung wegen der faktischen oder juristischen Verwickelung kann die Art und den Umfang der Mittel bestimmen, die das Gericht zur Aufhellung der Wahrheit anwenden soll, und hier wird den Nachtheilen am besten vorgebeugt, wenn man den Einzelnrichtern in Sachen, die zu ihrer Competenz gewiesen sind, mehrere Verfahrungsarten gestattet, zwischen welchen der Richter wählen kann, so daß er auch befugt wird in den verwickelten Fällen, die der Summe nach an ihn gewiesen sind, eine Art von schriftlichen Verfahren zuzulassen, während den Kollegialgerichten gleichfalls möglich gemacht werden muß, verschiedene Verhandlungsformen zu gestatten, so daß die auf die verwickeltsten Sachen berechnete Art des Verfahrens nur zur Anwendung kommen soll, wenn die Eigenthümlichkeit des Falles es verlangt. In dieser Beziehung hat der preußische Prozeß einen Vorzug vor den meisten Gerichtsordnungen, weil dem richterlichen Ermessen ein zweckmäßiger Spielraum gegeben ist, und z. B. nach Beschaffenheit der Umstände entweder sogleich nach Aufnahme der Klage ein Termin zur Instruction mit Vorladung beider Theile, oder zuerst ein besonderer Termin zur Beantwortung der Klage mit Vorladung des Beklagten allein an-

---

108) S. daher die Vorschläge Puchta's über die Gränzen des Richteramtes in bürgerl. Rechtssachen S. 55.

beraumt werden kann [109]), auch der Instruent überhaupt wählen kann, welchen Weg er nach der eigenthümlichen Beschaffenheit des Falles für den kürzesteu und sichersten hält [110]).

Das eigenthümliche Verhältniß der sogenannten summar. Prozesse zu dem ordentlichen wird sich nun verschieden gestalten: 1) wo die Landesgesetzgebung eine Unterscheidung der Collegialgerichte von den Untergerichten in der Art gemacht hat, daß die letzten nur zur Entscheidung der einfachen und schnelle Entscheidung fordernden Sachen kompetent erklärt sind, kann man das Verfahren vor den Untergerichten nicht als summarisches oder ausserordentliches ansehen, sondern es gilt ebenso für die Fälle der Competenz der Untergerichte, als das ordentliche regelmäßige, wie der Prozeß der Collegialgerichte als der regelmäßige für die dahin geeigneten Sachen erscheint.

2) In so ferne auch bei den Collegialgerichten Gegenstände vorkommen, welche schnellere Entscheidung erlauben oder fordern, oder wo die Uebereinkunft der Partheien selbst bewirken kann, daß eine Sache schneller entschieden werde, kömmt es darauf an, a) ob die Gerichtsordnung nur e i n e als Regel in allen an das Gericht gehörigen Sachen zu beobachtende Prozeßform vorgeschrieben hat, oder b) ob sie, wie es geschehen sollte, dem Gerichte die Wahl läßt, auf welchem der verschiedenen erlaubten Wege verhandelt werden soll. Im zweiten Falle bedarf es für einfache Sachen keiner Aufstellung des summar. Prozesses, da alle gesetzlich genannten Formen nur

---

109) Preuß. Gerichtso. VI. Tit. §. 11.
110) Gerichtso. Tit. X. §. 25.

verschiedene sich einander gleichstehende Wege sind, zwischen welchen das Gericht wählen soll; im ersten Falle aber muß eine Prozeßart für die Fälle, wo rascher procedirt werden soll oder darf, vorgeschrieben werden, und diese wäre die sogenannte summarische. Besser aber würde die Gesetzgebung diesen fremden und vieldeutigen Ausdruck verbannen, und von dem abgekürzten oder unter der Rubrik: von besonderen Prozeßarten, von dem Verfahren in einfachen (wenn man vielleicht nicht den einmal gewohnten Ausdruck: geringfügig oder minderwichtig beibehalten will) Fällen sprechen.

3) Wenn nur ein Gericht als regelmäßiges Gericht erster Instanz in der Art, wie in Deutschland die Aemter oder Landgerichte, für einen Bezirk, ohne Collegialverfassung organisirt ist, bei welchem der schriftliche gemeine deutsche ordentliche Prozeß die Regel bildet, so muß für die einfacheren Fälle ein abgekürztes Verfahren angeordnet werden, und in dieser Beziehung läßt sich wie bei der sub Nro. 2 ad a erwähnten Einrichtung von einem besonderen Verfahren für minderwichtige Gegenstände sprechen, das wieder als eine Art des Gattungsbegriffs: summarisches, oder besonderes oder gesetzlich ausgezeichnetes Verfahren vorkömmt, und dessen Umfang aus der Darstellung der verschiedenen Arten desselben (§. II.) sich am besten ergiebt.

§. 11.

Von den Arten des sogenannten summarischen Prozesses.

Betrachtet man genauer die Fälle, in welchen ebenso deutsche Praxis, gestützt auf einzelne Stellen des römischen Rechts, als die neueren Gesetzgebungen eine besondere sogenannte summarische Prozeßart zulassen, so sieht man bald, daß nicht die Aufstellung eines einzigen, nur etwa auf Abkürzung zunächst berechneten Verfahrens möglich ist, daß vielmehr mehrere Arten von einander getrennt werden müssen, welche in zwei Hauptklassen gebracht werden können [1]. A. In einigen Fällen sind die Gegenstände des Streites die nämlichen, welche auch in dem ordentlichen Prozesse vorkommen, die Gesetzgebung will dabei den nämlichen Zweck wie im ordentlichen Verfahren erreichen, es soll der Streit auf einmal und definitiv abgeschnitten werden, und die Parthei soll nicht gehindert seyn, das Rechtsverhältniß vollständig vorzutragen und erörtern zu lassen; nur in der geringeren Wichtigkeit des Falles wegen der verhältnißmäßig unbedeutenden Summe, und

---

1) Merkwürdig sind die Streitigkeiten der Meklenburg. Rechtsgelehrten über die Eintheilung der summar. Prozesse. V. Kamptz Meklenb. Civilprozeß (Ausgabe von Nettelbladt) S. 110—119. Eschenbach Beitr. zum Meklenburg. Rechte. 8ter Beitrag. S. 4. Sibeth Kritik des gem. u. Meklenburg. Prozesses. 1ter Beitrag. S. 65. V. Kamptz unterscheidet rein summarische (wohin er nur den schleunigen summar. Proz. rechnet) und gemischt summarische, und trennt wieder bestimmt und unbestimmte, regelmäßige und unregelmäßige.

in der präsumtiven Einfachheit des zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisses liegt der Grund, aus welchem die Gesetzgebung ein abgekürztes und einfaches Verfahren zuläßt, weil das auf verwickelte Fälle berechnete, daher mit mehr Förmlichkeiten versehene kostspielige ordentliche Verfahren ausser Verhältniß mit der Leichtigkeit, den Fall zu entscheiden, stehen würde.

B. In anderen Fällen entscheidet die Rücksicht auf die Summe des Gegenstandes gar nicht, die Gesetzgebung beabsichtigt hier nicht ein Verfahren, das zu einem definitiven und vollständigen Rechtszustande gebracht werden soll, sondern ein gewisser Zweck, den die Gesetzgebung erreichen will, oder die Eigenthümlichkeit des Falles, der eine besondere Richtung der Instruction verlangt, bewirkt ein dem Gange nach und in Bezug auf das Aneinanderreihen der prozessualischen Handlungen abweichendes Verfahren. Hieher gehören

1) die Fälle, in welchen das Interesse einer Parthei die schleunige Feststellung eines provisorischen Zustandes verlangt, weil Gefahr auf dem Verzuge ist, und die nach dem ordentlichen Gange des Verfahrens erfolgende Entscheidung leicht nutzlos für die Parthei seyn würde, da es auf Verhütung eines unwiderbringlichen oder nicht leicht ersetzlichen Schadens ankömmt [2]. Man kann hier von dem Verfahren zur Begründung provisorischer Maaßregeln sprechen. Am besten handelt davon die Prozeßordnung für Geneve [3] und der Entwurf der Civil-

---

2) Gönner Handbuch des Prozesses IV. Band. Nro. 79.

3) Zweckmäßig scheint es schon, daß der Code de Genève Tit. II. am Anfang des Gesetzbuches davon handelt.

prozeßordnung für Baiern [4]; beschränkter spricht davon das Gesetzbuch für das Waatland [5]) und die Prozeßordnung für Tessin [6].

Unter den Fällen provisorischer Verfügungen müssen wieder vier Klassen unterschieden werden, a) in einigen kömmt es nur auf eine momentane Inhibition einer dem Imploranten schädlichen Handlung an, z. B. wenn ein schädlicher Bau gemacht, Wasser abgegraben, ein Damm durchgestochen werden soll, b) in anderen Fällen wird eine tiefer eingreifende Verfügung, und zwar der Arrest einer Person, verlangt; hier fordert die Wichtigkeit der Anordnung eine genauere Prüfung des Gesuchs und gewisse gesetzlich vorzuschreibende Formen. c) In anderen soll nicht blos inhibirt, sondern es muß sogleich eine Verfügung, die den bisherigen Rechtszustand ändert, oder welche einer Parthei vorläufig gewisse Pflichten auflegt, getroffen werden, z. B. wenn wegen Mißhandlungen des Ehemanns die Ehefrau provisorisch von dem Ehemanne getrennt, oder Alimentationspflicht des Ehemanns regulirt werden soll. d) In einigen Fällen endlich verlangt ein polizeilicher Gesichtspunkt die Erlassung einer provisorischen Entscheidung von Amtswegen, ohne daß eine Parthei darauf antrug, wenn z. B. zwei Nachbarn über die Pflicht der Reparatur einer Mauer streiten, und die Gefahr des Einstürzens der Mauer für die Vorübergehenden so groß ist, daß ein Provisorium getroffen werden muß.

---

4) Entwurf §. 736—750.

5) Code de proc. du Canton de Vaud handelt §. 129. vom sequester, §. 134. von novi operis nunciatio, §. 137. von provisorischen Alimenten.

6) Codice di procedura v. 1821 handelt Art. 726. dei mezzi assicurativi.

2) Andere Fälle sind von der Art, daß hier nur einer Parthei gestattet wird, einen künftigen Prozeß vorzubereiten, und gegen die Nachtheile einer absichtlich verzögerten Klagestellung sich sicher zu stellen, daher bei den sogenannten Provokationen, wo das Gesetz genau die Fälle solcher ausserordentlichen Aufforderungen, die Art der Vernehmung des Gegners, und die Folgen des Ungehorsams gegen den richterlichen Befehl, bestimmen muß.

3) Zuweilen hat das Gesetz Gründe zu gestatten, daß von den verschiedenen Rechtsgründen und Befugnissen, welche in dem nämlichen Falle dem Kläger wegen der nämlichen Sache oder des nämlichen Rechts, nur ein Punkt hervorgehoben, und mit vorläufiger Ausscheidung der übrigen Punkte verhandelt werde; z. B. bei dem possessorischen Prozesse; hier, wo auch noch die Rücksicht des Wunsches der Beschleunigung des Verfahrens eintritt; hier muß gesetzlich bestimmt werden, wie weit diese separirte Verhandlung zuläßig ist, und welche Einreden beachtet werden dürfen.

4) Oft führt das Daseyn eines besonders begünstigten, auf der Stelle den Klageanspruch liquid herstellenden Beweismittels, oder ein gewisses Rechtsverhältniß, das die größte Begünstigung wegen des Zusammenhangs mit dem Kredit verdient, darauf eine schnellere Procedur dadurch zu gestatten, daß nur der Urkundenbeweis zuläßig ist, sogleich angetreten werden muß, und die Vertheidigung der Beklagten nur darauf beschränkt wird, ob er die Urkunde geschrieben habe, oder nicht, so daß jede nicht in continenti zu erweisende Einrede sogleich ad separatum zu verweisen ist, z. B. im Executiv- und im Wechselprozesse. Da die ad separatum gewiesenen Punkte abgesondert noch verhandelt werden

können, und daher häufig ein ordentlicher Prozeß nachfolgt, so kann man diese Prozeßarten als nicht erschöpfende bezeichnen [7]).

5) Andere Fälle sind von der Art, daß nur durch eine Besichtigung des Streitgegenstandes, durch schleunige Beiziehung von Sachverständigen und gewisser Interessenten, eine zweckmäßige Grundlage des Streites geliefert werden kann, die auf keine andere Weise, sey es durch vorausgehenden Schriftenwechsel oder Protokollarverhandlung, so gegeben werden könnte. Vorzüglich gehören hieher Baustreitigkeiten, und schon röm. Recht [8]) erkennt die Nothwendigkeit einer besonderen Verhandlung in solchen Fällen; von neueren Gesetzgebungen haben einige [9]) nur überhaupt Baustreitigkeiten zu den Fällen gerechnet, in welchen der unbestimmte summarische Prozeß eintreten soll; allein wohl mit Unrecht, da theils dieser Ausdruck viel zu unbestimmt und weitumfassend ist, da auch alle Prozesse mit einem Bauunternehmer, alle Streitigkeiten über Bauservituten hieher gerechnet werden könnten, theils mit dem Verfahren im unbestimmt summarischen Prozesse nicht viel gewonnen ist. Sehr richtig hat daher auch die preußische Gesetzgebung [10]) zu Bausachen nur diejenigen gerechnet, in welchen über die Zulässigkeit eines Baues überhaupt, und die Art ihn zu führen, Streit obwaltet; nur hier ist ein eigenes

---

7) Vorst Grundlinien für eine vernünftige Civilprozeßgesetzgebung S. 65.

8) l. 12. Cod. de aedit. privat. l. un Cod. de nov. oper. nunt.

9) Z. B. Oldenburg. Prozeßordn. v. 1823. §. 21. Nassauische Prozeßo. §. 93. Nro. 3.

10) Gerichtsordn. Tit. 42. §. 34–42.

Verfahren zweckmäßig [11]), in der Art, daß der Richter sogleich auf die Klage Augenschein einnimmt, Sachverständige beizieht, die Nachbarn adcitirt, und nach mündlicher Verhandlung ad protocollum entscheidet. Für die novi operis nunciatio ist ohnehin eine eigene Vorschrift gegeben. Ist Streit zwischen Nachbarn über die Baupflicht, z. B. wegen Brandmauer, oder ist wegen des Rechts des Gegners Streit, z. B. weil der Kläger das Eigenthumsrecht an dem Platze, auf welchem gebaut werden soll, nicht anerkennen will, oder findet zwischen Baubesteller und Unternehmer, über die Art der Führung des Baues, über Auslegung des Vertrages ꝛc. ꝛc. Streit statt, so findet unbedenklich der ordentliche Prozeß Statt [12]). Auch das Verfahren in Gränzstreitigkeiten bedarf einer besonderen Regulirung in einem Gesetzbuche, wie dies zweckmäßig das preußische [13]) und in neuester Zeit das waatländische Gesetzbuch [14]) gethan hat. Auch in solchen Sachen ist Vornahme des Augenscheins und Aufnahme eines gehörigen Handrisses Hauptsache, so wie es auch einer Erwägung würdig ist, ob nicht nach dem Beispiele des waatländischen Gesetzbuchs eine Commission aus Sachverständigen und aus Ackerbesitzern oder Flurgeschwornen gebildet werden soll, mit welchen der Richter an Ort und

11) Die besten Ansichten über die Behandlung der Bausachen s. in Mollinger de pariete communi. Argent. 1743. s. Bauordnungen, die gute Anleitungen enthalten, verzeichnet in meinen Grunds. des deutschen Privatr. §. 148. Note 12.

12) Meine Bemerkungen im Archiv für Civilpraxis VIII. S. 129.

13) Gerichtso. Tit. 42. §. 1—33.

14) Code de proc. Art. 435—444 du Bornage.

Stelle entscheidet. Das erwähnte Gesetzbuch bestimmt auch ein eigenes Verfahren für den Fall, wenn jemand die Weggerechtigkeit als eine servitus necessaria verlangt [15].

6) Auch andere Fälle fordern ein besonderes Verfahren, nämlich die, wo die Rücksicht den Streit im Keime zu ersticken, selbst durch öffentliches Interesse dringend geboten wird, und wo die Hoffnung, dies zu bewirken, vorzüglich davon abhängt, daß die gewöhnlichen Formen des Verfahrens nicht angewendet werden, daß auch passend dritte Personen, deren Vermittelung wohlthätig wirkt, hereingezogen werden; vorzüglich gehören hieher gewisse Ehestreitigkeiten und Familienzwistigkeiten. In Bezug auf Ehesachen ist jedoch vorzüglich Unterscheidung der verschiedenen Fälle nothwendig, und zwar a) die eigentlichen Ehescheidungsprozesse, b) die Desertionsprozesse wegen böslicher Verlassung eines Ehegatten, c) Klagen der Ehegatten, veranlaßt durch häusliche Zwistigkeiten, über Vernachlässigung, unpassende Zumuthungen, oder Mißhandlungen. In den Fällen der ersten Art, wo die deutsche Praxis [16]) vom Consistorialprozesse sprach, wird ein besonderes Verfahren, das man mit Unrecht nach Analogie des sogenannt unbestimmt summarischen oder des Verfahrens in geringfügigen Sachen führen würde, nothwendig [17]); die oben schon angedeuteten

---

15) Code de procédure Art. 445—51.

16) Danz Grundf. der summar. Prozesse Kap. XIV.

17) S. preußische Gerichtso. Tit. 40. §. 20. Badische Eheordnung v. 1807. §. 61—71. Gute Bemerkungen von Dolliner in Pratobevera Materialien für Gesetzkunde in Oesterreich VII. Band. S. 57—110. Code Napoléon Art. 234—266. Cod. de procéd. du Canton de Vaud Art. 403 — 14.

Rücksichten fordern die Entfernung mancher sonst gewöhnlicher Formen, passende Sühnversuche, und selbst eine Beschränkung der Oeffentlichkeit, wenn sie sonst Grundform des Verfahrens ist, wird hier zweckmäßig [18]. In den Fällen der böslichen Verlassung tritt der Desertionsprozeß als eine Art von Contumacialprozeß ein. In Fällen der dritten Art führt die Rücksicht, daß hier mehr ein mit Lebensverhältnissen vertrauter, gewandter und mit geistiger Autorität versehener Mann, weniger nach streng juristischen Regeln entscheiden muß, daß auch das Verfahren mehr nur auf Versöhnung abzielen muß, auf die Anordnung eines eigenen Verfahrens [19], zu welchem Geistliche oder Verwandte von Seite des Mannes und der Frau sehr zweckmäßig beigezogen werden können. — Auch gewisse Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern können in diese Klasse gerechnet werden [20]; nur muß man nicht vom Verfahren in geringfügigen Sachen hier sprechen, und noch weniger überhaupt alle Prozesse zwischen Eltern und Kindern zur summarischen Verhandlung verweisen; denn nach der Allgemeinheit dieses Ausdrucks möchte man auch alle Klagen auf Herausgabe des Vermögens, oder Prozesse zwischen

---

Baierischer Entwurf Art. 822 – 36. Civilgesetzbuch für Bern 1825. Art 124 – 142.

18) Daher hat selbst der Code de proc. pour le Canton de Genève Art. 85 – 88. in Ehescheidungsprozessen die Oeffentlichkeit dahin beschränkt, daß nur jede Parthei drei Verwandte oder Freunde zu Gericht mitbringen darf.

19) Preußische Gerichtso. Tit. 40. §. 24. Bad. Eheo. §. 59. Anhaltische Prozeßo. v. 1822. cap. VII. §. 1.

20) Schon l. 9. §. 3. D. offic. proconsul. verlangt eine Entscheidung de plano.

dem überlebenden Ehegatten, der zur zweiten Ehe schreiten will, und den Kindern erster Ehe, hieher rechnen; selbst der von Gönner [21]) vorgeschlagene Ausdruck: in Sachen, die die häusliche Ordnung und Ruhe der Familien betreffen, ist noch zu weit, indem dann auch Familienzwiste über Gütertheilungen, Vorenthaltung des Vermögens, über Verweigerung des Consenses zur Ehe [22]), hieher gerechnet werden könnten; nur in Fällen, wo Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern, über die Ausübung der häuslichen Gewalt, entstehen, ist ein besonderes Verfahren nothwendig, z. B. bei Klagen der Eltern wegen Widerspenstigkeit der Kinder; sehr zweckmäßig möchte es seyn, wenn man für solche Fälle, wohin auch der gehört, wenn der Vormund die Anwendung ernstlicher Züchtigung des Mündels für nothwendig hält [23]), die schon im röm. Rechte für diese Fälle angedeuteten [24]), im deutschen Rechte bekannten [25]) Familiengerichte, wie sie auch in Frankreich während der Revolution eine Zeit lang eingeführt waren [26]), in der Art wiederherstellte, daß entweder diese Sachen an einen aus Verwandten väterlicher und mütterlicher Seite zu bildenden Ausschuß gebracht, oder doch vom Gerichte nur mit Zuziehung von Verwandten entschieden würden.

---

21) Im Entwurfe Buch III. cap. 1. §. 1. Nro. 1.

22) Code civile Art. 173—9.

23) Code de proc. du Canton de Vaud Art. 929—32.

24) l. un Cod de emendat. propinq.

25) Meine Grundſ. des deutſchen Privatr. §. 313. 365.

26) Franzöſ. Geſ. v. 24. Aug. 1790. Tit. 3. §. 10. Geſetz v. 20. Sept. 1792. Guichard Code de famille l'an III. Paris 2 vol.

7) Auch Injuriensachen sind häufig zu den Fällen gezählt worden, in welchen summar. Prozeß eintreten soll, jedoch wieder verschieden, jenachdem man nur geringere Injurien, oder nur Injurien, die zwischen Leuten des gemeinen Bürger- oder Bauernstandes vorfallen, dahin rechnete [27]. Will man dadurch aussprechen, daß in Injuriensachen die gewöhnlichen Gerichte mit ihrem Verfahren nicht passend, vielmehr Ehrengerichte zweckmäßig seyen, so ist daran viel Wahres; allein die Erfahrung hat die Schwierigkeit der Ausführung von Ehrengerichten, die ohnehin höchstens nur bei einzelnen Ständen, z. B. unter Militär, Studirenden, angewendet werden könnten, nachgewiesen; will man deswegen, weil häufig der criminelle und civilrechtliche Gesichtspunkt hier zusammentreffen, ein besonderes Verfahren vorschreiben [28], so ist schon durch den Adhäsionsprozeß überhaupt die Norm gegeben, und nur das verdient vielleicht Erwägung, ob man nicht in allen Injuriensachen die Procedur mehr auf die Untersuchungsmaxime bauen, und dem Richter das Recht geben sollte, nur durch persönliche Vernehmung der Partheien, den Thatbestand herzustellen, weil die Erfahrung beweist, daß durch den schlau die Sache bemäntelnden und ausbeugenden Schrif-

---

27) Preuß. Gerichtso. Tit. 34. v. Reibnitz Ideal der Gerichtsordn. 1 Thl. S. 242. Kori Theorie der summar. Prozesse S. 73. v. Kamptz Meklenburg. Civilproz. S. 115. Winkler Anl. zur Führung der Injurienprozesse. Leipz. 1801. Engelhard Entwurf Satz 318. Oldenburg. Prozeßo. §. 21.

28) Die neuesten gesetzlichen Anweisungen zum Verfahren in Injuriensachen s. in Schwarzburgischer Vero. v. 18. Dec. 1820 u. im Code de proc. du Canton de Vaud Art. 461—72.

tenwechsel der Richter nicht hinreichend in den Stand gesetzt wird, das wahre persönliche Verhältniß unter den Partheien zu durchschauen, und ein gründliches aussöhnendes Urtheil zu fällen. — Vorzüglich aber wird es dem Gesetzgeber nothwendig, genau die Klassen der Injurien zu trennen, und zwar a) diejenigen Injurien, durch welche dem Injuriaten eine in den Augen der Mitbürger überhaupt, oder nach dem besonderen Stande herabwürdigende Handlung, insbesondere eine solche, die ein Verbrechen enthielte, fälschlich vorgeworfen wird, b) von anderen Injurien zu scheiden, worin nur eine allgemeine Beschimpfung durch beleidigende Worte, Geberden liegt. In Fällen der zweiten Art hat der Gesetzgeber Gründe, die Verhandlung und Entscheidung nur an die Friedens- oder Einzelngerichte zu verweisen, oder nur mündlichen Prozeß zu gestatten, und auf Abkürzung zu dringen; die Fälle der ersten Art aber sind wegen den Folgen, die solche Verläumdungen haben, so wichtig und in der Verhandlung so schwierig, daß hier die Collegialgerichte als competent erklärt werden müssen [29]. Auch verdient es Erwägung, ob nicht in Fällen der Verläumdung der Gesetzgeber blos die criminelle Anklage gestatten, und den civilrichterlichen Punkt nur adhaerendo verfolgen lassen soll. Schwerlich läßt es sich aber vertheidigen, wenn manche Gesetzgebungen unbedingt bei allen Injurien nur den unbestimmt summarischen Prozeß anordnen, und dadurch theils oberflächliche Entscheidungen, da die Sache durchaus nicht immer so einfach ist, begünstigen, theils zeigen, daß sie auf

---

29) S. noch meine Bemerkungen im Archiv für Civilpraxis VIII. S. 133.

die Ehre, als Recht gedacht, nicht viel Werth legen [30].

Noch weniger aber ist es zu rechtfertigen, wenn man den Stand des Injurianten und Injuriaten absolut als Merkmal für das prozessualische Verfahren aufstellt, und bei allen Injurien zwischen Bauern und gemeinen Bürgern nur den summar. mündlichen Prozeß zulassen will; schon an sich ist es höchst unbestimmt, wer zu dem gemeinen und vornehmen Bürgerstand gehören soll, und gewiß ist es zu hart, wenn man den geringeren Rangklassen der bürgerlichen Gesellschaft geringeres Gefühl für Ehre unbedingt zuschreiben will; man sollte daher wohl dem Gerichte überlassen, welches Verfahren eintreten soll, und nur in der Art, wie das französ. Recht die Competenz der Friedensgerichte in Injuriensachen [31]) bezeichnet, gewisse Injurien den Einzelnrichtern überlassen.

Es giebt endlich noch eine eigene Klasse von Fällen, welche das Gesetz ohne Rücksicht auf die Summe als geringfügige oder minderwichtige betrachtet, und das bei den letzteren vorgeschriebene Verfahren auch bei ihnen angewendet wissen will, weil das Verhältniß, welches in Frage steht, dem Gesetze so einfach erscheint, daß eine abgekürzte und einfache Verhandlung völlig zum Ziele führt, z. B. in Streitigkeiten von Gesinde und Dienstherrn über Dienstlohn, oder zwischen Vermiether und Miethsmann. Solche Gegenstände sind daher nur durch

---

30) Meine Bemerkungen im Archiv des Criminalr. III. Band. S. 447.

31) Henrion de Pansey de la competence des juges de paix. chap. XX.

gesetzliche Vorschrift den minderwichtigen gleichgestellt, bilden aber keine besondere Klasse in Bezug auf das Verfahren, daher man nach dem bisher Angeführten nur zwei Hauptklassen der summar. oder besonderen Prozeßarten aufstellen kann, A) Verfahren in minderwichtigen oder in solchen Gegenständen, welche das Gesetz ihnen gleichgestellt hat. B) Verfahren in Fällen, wo die Eigenthümlichkeit des Falles nach dem Willen des Gesetzgebers einen besonderen Gang der Procedur, und nach Verschiedenheit des zu erreichenden Zweckes besondere Abweichungen von den Grundmerkmalen des regelmäßigen Prozesses herbeiführt. Man hat die Fälle der ersten Art die des unbestimmt summar. Prozesses, die der zweiten Art bestimmt summar. genannt [32]; allein weder in Bezug auf gemeines Recht, noch für eine neue Gesetzgebung lassen sich diese Bezeichnungsarten empfehlen [33], und richtiger möchte es wohl seyn, wenn das Gesetz unter der Rubrik: von besonderen Prozeßarten, 1) von dem Verfahren in minderwichtigen Sachen handelt, und für die der Summe nach minderwichtigen, und ohne Rücksicht darauf nur gesetzlich ihnen gleichgestellten Gegenstände das zu beobachtende Verfahren normirt, und dann 2) die besonderen Prozeßarten, die in die zweite Klasse gehören, der Reihe nach aufführt.

---

32) Martin Lehrbuch §. 226. 243. Auch Linde Lehrbuch §. 299.
33) Archiv für Civilpraxis VIII. Band. S. 107.

§. III.

Von den Fällen, in welchen der sogenannte unbestimmte summar. Prozeß eintritt.

Bei der Bestimmung der Fälle, in welchen summarisch verhandelt werden soll, entscheidet wieder die bisher öfter angedeutete Rücksicht, ob die Gesetzgebung den Gerichten die Wahl zwischen mehreren, jedoch gesetzlich genau normirten Wege zweckmäßiger Verhandlung überläßt, oder ob sich ein gewisses Verfahren als das regelmäßige und ordentliche in der Art ausgebildet hat, daß alle Rechtsstreitigkeiten in dieser Form verhandelt werden, wenn nicht eine besondere Ausnahme nachgewiesen werden kann. Diese letzte Ansicht ist die des deutschen Prozesses, und darnach darf man auch im gemeinen Prozesse als Grundsatz annehmen, daß das Eintreten des summarischen Prozesses im einzelnen Falle stets eines besonderen Rechtfertigungsgrundes bedarf, der nur durch das Gesetz gegeben werden kann; die Rücksicht, daß der Bürger ein Recht auf die vollständige und umsichtige Verhandlung seiner Streitigkeiten habe, daß der sogenannte summarische Prozeß leicht in einen tumultuarischen ausartet, daß der Bürger dabei in der Rechtsverfolgung mehrfach beschränkt wird, weil man im summarischen Prozesse manche Beweismittel nicht zuläßt, die Termine sehr beschränkt, manche Vertheidigungsarten ad separatum verweiset, macht es allerdings wünschenswerth, daß eine feste Norm dafür existire, welche Verhandlungsform eintreten soll, und es scheint insbesondere im gemeinen deutschen Prozesse sehr bedenklich, das bloße richterliche Ermessen darüber entscheiden zu lassen, ob summarisch oder ordentlich verhandelt werden soll, weil nur

zu leicht am Anfange eine Sache einfach erscheint, deren Verwickelungen und Schwierigkeiten erst in der Folge sich zeigen, und wo dann der Richter, welcher einmal die summarische Prozedur begann, nicht leicht wieder in den ordentlichen Prozeß das Verfahren überlenken wird; auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß viele Richter aus natürlicher Ungeduld, aus Angewöhnung, schnell in jeder Sache eine bestimmte Meinung aufzufassen, ohne durch das Nachfolgende sich irre machen zu lassen, oder aus dem Haschen nach Abkürzung der Prozesse nur zu oft summarisches Verfahren als das bequemste anordnen, und dadurch den Partheien ihre Rechtsverfolgung beschränken würden, wenn man es dem Richter allein überließe, die Art des Verfahrens zu bestimmen. — Mit Unrecht würde man auch in einer besonderen Verfügung des Landesherrn einen Rechtfertigungsgrund des summarischen Prozesses suchen [1]); eine solche Verfügung würde eine Art von Kabinetsjustiz seyn, und der Regel widersprechen, daß der Regent die allgemeinen Gesetze für einzelne anhängige Streitigkeiten nicht abändern kann; die Berufung auf c. 4. X. de offic. et pot. jud. deleg. oder clem. 2. de jud. kann nur soviel ergeben, daß der Regent für gewisse Klassen von Sachen überhaupt ein besonderes Verfahren vorschreiben, oder Kommissionen mit besonderen Instructionen anordnen kann [2]); es kann aber nicht zugegeben werden, daß auch für einzelne Sachen, die anhängig gemacht werden sollten, ehe noch die spezielle Norm existirte, besondere Formen vorgeschrieben werden dürfen, selbst

1) Wie z. B. Glük im Commentar IV. Thl. S. 160. thut.

2) S. noch Gönner Handb. IV. S. 25.

da, wo für gewisse Sachen, z. B. weil die Parthei den ordentlichen Richter perhorrescirt hat, ein Kommissär ernannt wird, kann das Recht zur Anordnung eines besonderen Verfahrens nicht behauptet werden. Wenn v. Gönner ausser dem Gesetze auch die Natur der Sache als Rechtfertigungsgrund summar. Prozesse annimmt [3]), so kann man dieser Ansicht wohl nicht beistimmen, weil überhaupt Gründe der Zweckmäßigkeit kein Recht dem Richter geben, von dem Gesetze abzuweichen, weil schon die Unbestimmtheit des Ausdrucks: Natur der Sache, und die Verschiedenheit der Ansichten der Menschen darüber, was jeder Natur der Sache zu nennen beliebt, die Beantwortung der Frage: wie procedirt werden soll, von bloßer Willkühr der Richter abhängig machte, und unvermeidlich schon am Anfang des Streits Streitigkeiten über die Prozeßart, und Versuche aus der Natur der Sache zu deduciren, entstehen würden. Man kann wohl zugeben, daß die Gründe aus der Natur der Sache den Gesetzgeber bei der Erörterung des Punkts, ob summarisch procedirt werden soll, leiten müssen; der Richter aber kann nicht berechtigt seyn, deswegen, weil man in den geringfügigen Sachen aus der Natur der Sache den summarischen Prozeß ableiten wollte [4]), auch in einem Lande summarisch zu verfahren, in welchem die Gesetzgebung diese Ausnahme nicht ausspricht, und schwerlich findet man schon überhaupt in der Natur der Sache gegründet, daß eine Sache von 50 fl. geringfügig, und eine von 51 fl. wichtig seyn soll.

---

3) Gönner Handb. IV. S. 26.

4) Wie z. B. v. Gönner IV. S. 26. thut.

Wenn nun behauptet wird, daß nur das Gesetz als Rechtfertigungsgrund des summar. Prozesses gelten dürfe, so gestehen wir gerne, daß im gemeinen Prozesse die Lage des Richters bedenklich seyn mag, weil es soviele Institute und Rechtssätze im gemeinen Prozesse giebt, für welche kein Gesetz angeführt werden kann. Allein wenn man die Geschichte der Ausbildung unseres gemeinen Prozesses und insbesondere erwägt, daß das römische Recht selbst nur durch Gebrauch und nicht durch ein allgemeines Gesetz Eingang in Deutschland fand, daß zuerst bei den geistlichen Gerichten des Mittelalters sich eine gewisse Ansicht über die Anwendung des römischen Rechts bildete, daß die Reichsgerichte ihre Verfahrungsweise zunächst von der Praxis der geistlichen Gerichte entlehnten, und daß die angesehenen Practiker des Mittelalters, der Speculator Duranti, Odofred, Joannes Andrea, in den Reichs- und Obergerichten entscheidenden Einfluß erhielten, und daß auf diese Art eine Praxis sich ausbildete, welche den Juristen, die den gemeinen Prozeß anzuwenden hatten, vorschwebte, so darf man gewiß behaupten, daß auch der Gerichtsgebrauch im gemeinen Prozesse ein Rechtfertigungsgrund des summarischen Prozesses ist, um so mehr, als wir schon in den Practikern des Mittelalters eben jene Fälle, in welchen noch die heutige Praxis summarisch verhandelt, als Fälle des summar. Verfahrens angeführt finden, und zwar so, daß diese Fälle auch solche sind, in welchen man aus der Natur der Sache, oder richtiger, aus den Forderungen und Bedürfnissen des Lebens die Nothwendigkeit des summar. Verfahrens ableitet. Da auch schon der Praxis des Mittelalters römische Stellen, in denen von schnellerer Entscheidung die Rede war, vorschwebten, da auch die Reichs-

gesetze ihre causas extraordinarias diesen Stellen anpaßten, so darf man auch behaupten, daß die Berücksichtigung der röm. Stellen und der Reichsgesetze, die auf solche summar. Verfahren deuten, dem gemeinrechtlichen Richter einen Anhaltspunkt für die Entscheidung gewähren, wann er summarisch procediren soll; nur darf dies nicht auch von den Fällen behauptet werden, in welchen das canon. Recht, z. B. in clem. 2. de jud. vom summarischen Prozesse spricht, weil diese Stellen sich entschieden auf das Verhältniß der geistlichen Gerichte und darauf beziehen, daß der Pabst gewohnt war, für gewisse Sachen Commissarien zu ernennen, denen er eine besondere Instruction vorschrieb, weil auch sonst in allen Zehend- Zins- Ehestreitigkeiten summarisch wegen der clement. 2. procedirt werden müßte, was die bessere deutsche Praxis nie anerkannt hat [5]). Auch muß man sich hüten, in allen Fällen, in welchen Justinian summarisch zu verhandeln erlaubte, oder ein Reichsgesetz von der causa extraordinaria sprach, summarischen Prozeß anzunehmen; es muß vielmehr wohl beachtet werden, daß es immer darauf ankömmt, in wie ferne der deutsche Gerichtsgebrauch römische Stelle annahm oder anwendete, und man würde gegen eine entschiedene Praxis verstoßen, wenn man z. B. auch in allen Klagen der Advokaten, Hebammen, Aerzte wegen ihrer Gebühren, in den Syndikatsklagen, in den Wasserlaufssachen summarisch verhandeln wollte, ungeachtet in allen diesen Fällen Justinian eine summar. Verhandlung anordnete [6]).

---

5) Claproth Einl. in die summar. Proz. §. 4. am Schlusse.

6) Ueber die Ansichten v. Grollmanns Theorie §. 221—3. s. meine Bemerkungen im Archiv VIII. S. 114—16.

Zu den Fällen, in welchen summarisch verhandelt werden soll, rechnet unbestreitbar die Praxis die geringfügigen Sachen schon im Sinne der nov. 17. cap. 2. und eines entschiedenen alten Gerichtsgebrauchs [7]). Wenn zwar gemeinrechtlich kein Gesetz angeführt werden kann, welches die Summe bestimmt, die eine Sache zur geringfügigen macht, so dürfte vielleicht, in Erwägung, daß schon der Gerichtsgebrauch des 16ten Jahrhunderts [8]) und die Mehrzahl der Landesgesetze [9]) darauf führen, angenommen werden, daß eine Sache, deren Betrag nicht 50 fl. übersteigt, als geringfügig zu betrachten ist, ungeachtet es an neueren Gesetzen nicht fehlt, welche auch bei höheren Summen, z. B. bis 100 fl. den summar. Prozeß anordnen [10]). — Bemerkt muß jedoch werden, daß nach Lokalverhältnissen, z. B. größeren oder geringeren Wohlstand einer Gegend, oder nach Verhältniß der Preise der Lebensmittel auch die Summe gesetzlich verschieden regulirt werden muß.

Mit Unrecht würde man glauben, daß die Gränze zwischen wichtigen und geringfügigen Sachen leicht zu ziehen sey, und so entsteht schon a) Streit, wohin die Prozesse über Servituten und Reallasten gehören. Die im einzelnen Falle eingeklagte Summe, z. B. 30 fl. Grundzins, oder einige Malter Zehend-

---

7) Maranta de ordine judic. p. 205.

8) Stellen in Giesebert pericul. statut. p. 607—14.

9) Cod. jud. bav. cap. III. §. 3. Preuß. Gerichtso. Tit. 26. §. 1. Weimar. Ges. v. 31. März 1817. §. 1. In Ländern, wo nach Thalern gerechnet wird, werden gewöhnlich 50 Thlr. angenommen.

10) Z. B. Nassau. Prozeßordnung §. 93. Baier. Entwurf v. 1825. §. 708.

getreid, kann dabei nicht entscheiden, weil ein ewiges Recht vorliegt, und daher durch die unberechenbare Wiederholung der Leistungen die Sache wichtig wird. Da, wo das Recht selbst kein Gegenstand des Streites ist, sondern nur wegen verfallener Leistung geklagt wird, ist kein Grund da, von der Rücksicht auf die Summe abzuweichen; wenn dagegen das Recht selbst streitig ist, und zwar ein Recht in Frage steht, das keine Nutzungen in bestimmten Zeiträumen hervorbringt, muß die Sache als unschätzbar angesehen und zum ordentlichen Prozesse verwiesen werden [11]. Giebt dagegen das in Anspruch genommene Recht einen bestimmten jährlichen Ertrag, z. B. 1 Thlr. Grundzins, oder läßt sich wenigstens nach einem landüblichen Durchschnitt das Erträgniß berechnen, so nehmen mehrere Landesgesetze [12]), wenn z. B. das Recht jährlich nicht über 1 oder 2 Thlr. beträgt, die Sache zum summarischen Prozesse geeignet an; allein überall, wo von einem ewigen Rechte gesprochen wird, sollte man richtiger keine Schätzung vornehmen, um die Sache als geringfügig

---

11) Sächs. Mandat v. 1753. §. 2. u. Schott Grundlinien des prozessual. Verf. S. 16. Der baier. Entw. §. 709. läßt in solchen Fällen dann die Sache als geringfügige verhandeln, wenn ihre Unerheblichkeit klar am Tage liegt.

12) Der baier. Entw. l. c. läßt jährliche Geld- und Naturalleistungen als vierprocentige Zinsen anrechnen, und darnach den Streitgegenstand zum Kapital anschlagen, allein schwerlich verdient diese Bestimmung eine Billigung, da die mit der Entstehungsweise solcher ewigen Rechte verbundenen Schwierigkeiten nicht vermuthen lassen, daß die Sache als einfach betrachtet werden kann, und die ins Unendliche fortzuberechnende Summe an sich schon wichtig wird.

darzustellen, denn an sich ist schon das reell sehr gesicherte, eine ewige Abgabe begründende Recht höchst wichtig für den Kläger; auch kommen in der Regel bei solchen Reallasten, die oft in der Vorzeit entstanden, sehr schwierige Beweisführungen und Verwickelungen vor, und die Werthsbestimmung selbst ist dabei schon mißlich, da die Vortheile eines solchen Rechts zu sehr von der Zeit und von Umständen abhängen, und z. B. bei Getreideleistungen wegen des Wechsels der Preise, oder bei Frohnen wegen der Wichtigkeit mit Sicherheit auf gewisse Arbeiter rechnen zu können, und wegen des Schwankens des Arbeitslohns eine scheinbar jetzt geringfügige Forderung für die Folge höchst wichtig werden kann. Bei Servitutsklagen hat zwar das Oberappellationsgericht zu Wiesbaden [13]) in neuerer Zeit, wenigstens in Bezug auf die Appellationssumme, angenommen, daß durch die Ansicht, nach welcher Servituten unschätzbar seyen, der Appellant von der Nachweisung der Appellationssumme nicht befreit werde, daher damals Apellant beschwor, daß die Freiheit von der in Frage stehenden Servitut für ihn einen Werth von wenigstens 300 fl. habe. Allein richtiger sollte man alle Servitutsklagen wegen der Dauer des Rechts, wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse, die einer Servitut für manchen Besitzer den höchsten Werth geben, während die Freiheit davon dem Gegner unschätzbar ist, zu den wichtigen Klagen, und daher zu den ordentlichen Verfahren rechnen, wenn nicht wegen anderer Verhältnisse gewisse Servituten, z. B. bei Wasserlauf die Gesetzgebung Gründe hat, den Prozeß nur an Einzelnrichter zu verweisen.

---

13) V. Nahmer Samml. der merkw. Entscheidungen des Nassau. Oberapp. G. Nro. 17.

b) Wenn die Klage von mehreren Streitgenossen, deren einzelne Antheile sich nicht auf 50 Thlr. belaufen, oder gegen mehrere solche Streitgenossen angestellt wird, so sinkt deswegen, wenn nur die Gesammtsumme, die für das Daseyn einer wichtigen Sache entscheidet, da ist, die Sache nicht zur Bagatellsache herab [14]), weil die von allen erlaubter Weise vereinigten Ansprüche als ein Ganzes betrachtet werden, und sonst durch das Austreten eines Streitgenossen oft die Prozeßart verändert werden müßte.

c) Wenn der Beklagte Einreden hat, deren Gegenstand den Betrag die Summe der geringfügigen Sachen übersteigt, so wird nach manchen Prozeßordnungen [15]) die Natur der Rechtssache nicht verändert, und die Wirkung der Einrede soll dann nur auf den Umfang des Klagegegenstandes eingeschränkt bleiben; allein dies ist wohl nicht zu billigen; wenn z. B. der Kläger einen Kaufschillingsrest von 48 fl. verlangt, und der Beklagte die exceptio laesionis enormis, oder des Betrugs wegen des ganzen Kaufs, der vielleicht 600 fl. betrug, entgegensetzt, so müßte darnach das Ganze, also auch die oft schwierige Einrede summarisch verhandelt werden, und die Einrede würde dann nach dem Wortlaute des Gesetzes nur wirken können, um die Klage zu elidiren, und der Beklagte müßte erst die Hauptsache wieder klagend verfolgen, und über die nämliche Einrede, die im summar. Prozeß bis 48 fl. wirkte, noch einmal verhandeln lassen.

---

14) Weimar. Ges. v. 1817. §. 5. f. noch gute Bemerkungen in Henrion de Pansey de la competence des juges de paix chap. 14.

15) Weimar. §. 6.

d) Ein in der Einleitung im ordentlichen Prozesse verhandelter Streit kann oft durch die im Laufe des Verfahrens eingetretenen Veränderungen zur Summe der geringfügigen Streitigkeiten herabsinken [16]), z. B. wenn der Kläger einen Theil seiner Ansprüche wieder fallen läßt, oder wenn durch Geständniß des Beklagten, oder durch unbedingte Anerkennung gewisser Urkunden die anfängliche Summe so herabgesetzt wird, daß der noch streitige Theil nur mehr die Summe minderwichtiger Sachen ausmacht. Zu weit geht man aber, wenn man in solchen Fällen unbedingt, durch die Veränderung in der Summe, summarischen Prozeß eintreten läßt; es möchte oft sehr unpassend seyn, das im ordentlichen Prozesse begonnene Verfahren, summarisch vollenden zu lassen, z. B. wenn schon die Sache bis zur Beweisinstanz gediehen ist; auch läßt sich wohl denken, daß gerade wegen der nicht anerkannten Summe der Streit auf einer sehr feinen Controverse, oder auf schwierigen factischen Umständen beruht, z. B. wenn darüber noch Streit ist, ob nicht gewisse Gegenstände, mit zum Verkauf gehörten. Es muß daher billig von dem Ermessen des Gerichts abhängen, ob in solchen Fällen summarischer Prozeß eintreten soll.

e) Oft kann durch die Art der Vertheidigung eine summarisch begonnene Sache zu einer wichtigen werden, z. B. wenn Jemand nur 12 Thlr. rückständigen Grundzins fordert, und der Beklagte das ganze angemaßte Recht abläugnet [17]).

f) Wenn in einem summarischen Prozesse der Beklagte eine ihrer Summe nach wichtige Gegenforderung vorschützt, so gestattet das Weimarische

---

16) Weimar. Ges. §. 7.

17) Hommel rhapsod. Obs. 202.

Gesetz [18]) neben der Einrede die gleichzeitige Anstellung der Wiederklage für die Gegenforderung, jedoch muß der Beklagte, wenn er in der Convention verurtheilt wird, den Kläger befriedigen, oder nach richterlichem Ermessen den Betrag des Liquidum's gerichtlich deponiren, und binnen 14 Tagen von geschehner Deposition die noch nicht angestellte Wiederklage erheben. Nach dem Anhaltischen Gesetze [19]) darf der Kläger auf den Grund von Einreden, die Gegenforderung enthalten, in die Leistung der ganzen Gegenforderung, wenn sie auch den Klageanspruch übersteigt, verurtheilt werden, vorausgesetzt, daß die Gegenforderung zur geringfügigen Behandlung sich eignet. Ist dies nicht der Fall, so soll die Gegenforderung unberücksichtigt bleiben, der Beklagte kann aber die Vollstreckung des Urtheils in der Hauptsache ablehnen, daß er die Gegenforderung binnen 30 Tagen klagbar macht. — Nimmt man nun an, daß der Beklagte ein entschiedenes Recht nach den Gesetzen auf Compensation hat, und ihm daher nicht zugemuthet werden kann, wegen des Mehrbetrags abgesondert zu klagen; erwägt man auf der andern Seite, daß der Kläger durch grundlose illiquide Gegenforderungen leicht in der Verfolgung seiner liquiden Ansprüche gehindert werden kann, so scheint es am zweckmäßigsten, wenn das Gesetz den Partheien das Recht giebt, auch wegen der wichtigern Gegenforderungen auf den summarischen Prozeß zu compromittiren, und daß im Falle, wenn keine Vereinigung darüber zu Stande kömmt, das Gericht angewiesen wird, auf die Liquidität der Gegenfor-

---

18) §. 14. s. noch darüber Henrion de Pansey chap. 15.

19) Von 1822. cap. IX. §. 2. Nro. 4.

derung [20]), und darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Forderung und Gegenforderung aus einem Verhältnisse entstand, und im nächsten Zusammenhange steht; in solchen Fällen sprechen gewiß für die gleichzeitige Verhandlung von Forderung und Gegenforderung und zwar nach Ermessen des Gerichts, ob summarisch oder ordentlich verhandelt werden soll, alle Gründe des Rechts und der Billigkeit.

g) Bei unbestimmten Schadensklagen, wo der Kläger im Allgemeinen Schadenersatz verlangt, ohne ihn zu Gelde anzuschlagen, soll in der Regel kein Prozeß der geringfügigen Sachen eintreten. Wenn aber das Anhaltische Gesetz [21]) verlangt, daß ex officio das summarische Verfahren eingeleitet werden soll, sobald der Richter sieht, daß die Schaden in keinem Falle die Summe von 30 Thlr. betragen können, so möchte dies doch zu weit gegangen seyn; denn an sich sind solche Schadensklagen oft von schwierigen Beweisen abhängig, und der Richter kann auf die bloße Klage doch höchstens seinen oft grundlosen Glauben aussprechen; daher sollte billig vorerst die Vertheidigung des Beklagten abgewartet, und das richterliche Recht, den summarischen Prozeß einzuleiten, an die Bedingung gebunden werden, daß die Sache an sich einfach erscheint.

h) Wenn der Kläger mehrere Klagen cumulirt, deren Summen, einzeln genommen, nicht diejenige erreicht, welche den Prozeß zum ordentlichen Verfahren qualificirt, jedoch so, daß die Summen der verschiedenen Ansprüche zusammengenommen diese Summe übersteigen, so nimmt zwar in diesem

---

20) S. noch Hasse im Archiv für Civilpraxis VII. S. 203.

21) V. 1822. cap. IX. §. 1.

Falle die französische Praxis an [22]), daß die Sache an die Tribunale (oder an den ordentlichen Prozeß zu verweisen sey) allein da die cumulirten Klagen doch nur zufällig verbunden, und eigentlich so viele verschiedene Prozesse vorhanden sind, als Klageansprüche erhoben wurden, da auch die Klagencumulation (unter gewissen Beschränkungen) Begünstigung verdient, indem statt mehrerer Prozesse nur ein Streit entsteht, so möchte wohl richtiger gesagt werden, daß die Summe jedes Anspruchs einzeln für sich berücksichtigt werden muß, wenigstens dann, wenn die cumulirten Forderungen auf verschiedenen Gründen und Rechtsgeschäften beruhen [23]).

Die bisher bezeichnete Rücksicht, die Qualität der Fälle und das Verfahren nach gewissen Summen zu bestimmen, führt aber zu neuen Schwierigkeiten, indem häufig schon am Anfange des Streits, über die wahre in Frage stehende Summe, Prozeß entsteht, und bei dem Widerstreite der Meinungen der Partheien eine Schätzung nothwendig wird, wodurch Verzögerung des Verfahrens entsteht, die vorzüglich dann fühlbar wird, wenn die Competenz der Gerichte nach der Summe des Rechtsstreits regulirt ist, z. B. Sachen unter 100 fl. an Einzelnrichter gehören. Die Versuche der bisherigen Gesetzgebungen in dieser Beziehung sind höchst verschieden; entweder verlangt man a) von dem Kläger, daß er schon in der Klage das Quantum des Klagegegenstandes, und eine motivirte Schätzung angebe [24]) mit Ausnahme

---

22) Henrion de la compétence des juges de paix chap. 13.

23) Weimar. Ges. v. 1817. §. 3. 4.

24) Weimar. Ges. v. 1817. §. 19—21. s. noch über die Werthsberechnung. Schellwitz de causar. minim. indole cap. 1. §. 22—43.

des Falles, wenn eine Sachengemeinheit verlangt wird, über welche noch kein Inventarium existirt, in welchem letzteren Falle im Zweifel die Sache als eine wichtige betrachtet wird, oder b) man verlangt, daß der Richter den Gegenstand nach dem letzten Kaufpreise schätze, und wenn dies nicht wohl thunlich ist, durch Sachverständige schätzen lasse [25], und zwar so, daß die Schätzung, wenn die Partheien sich nicht über einen Sachverständigen vereinigen, oder die Ernennung dem Richter überlassen, durch zwei Sachverständige geschieht, von welchen Einen der Kläger, den Anderen der Beklagte ernennt [26]. Allein, alle diese Mittel haben große Bedenklichkeiten gegen sich [27]. Schon die Forderung, daß der Kläger in seiner Klage die Schätzung des Gegenstandes motivire, ist häufig unausführbar, z. B. bei Klage auf Rückgabe eines Depositums, das der verstorbene Vater des Klägers dem Beklagten gab, ohne daß der jetzige Kläger den Gegenstand selbst gesehen hat, in andern Fällen ist die Angabe kostspielig und zeitraubend, z. B. bei Schadensklagen; es scheint auch bedenklich, blos von der Angabe des Klägers die Qualität des summarischen Prozesses abhängen zu lassen, da es dann dem Kläger, welcher sicher seyn kann, eine gewisse Sache in natura zurückzuerhalten z. B. einen Ring, leicht seyn wird, die dem Betrage nach wichtigste Sache doch an die Einzelnrichter zu bringen, indem er nur zu einem geringen Werthe die Sache anzuschlagen nöthig hat, z. B. den Ring auf 49 fl. taxirt, wobei er unter der

---

25) Anhalt. Gesetz. cap. IX. §. 1. Baier. Entw. von 1825. §. 709—10.

26) Baier. Entw. §. 711.

27) Puchta über die bürgerliche Rechtspflege. S. 356—62.

Voraussetzung, daß der Ring in natura existirt, nichts wagt, weil er die Sache selbst am Ende zu erhalten hoffen kann. Will man aber Schätzungen durch Sachverständige zulassen, so eröffnet man dadurch schon bei dem Beginnen des Streits einen verzögernden Präjudicialstreit, indem schon einige Zeit verloren geht, bis die Partheien sich über die Personen der Sachverständigen vereinigen, neue Zeit auf die Schätzungsverhandlung verwendet werden muß, und den Partheien nicht verwehrt seyn kann, eine offenbar unbillige oder oberflächliche Schätzung anzugreifen, wodurch neue Verzögerungen entstehen, wobei noch berücksichtigt werden darf, daß es gewagt scheint, blos von dem Urtheile einiger Privatpersonen, die oft sehr launenhaft schätzen, die Frage abhängen zu lassen, ob der summarische oder ordentliche Prozeß eintreten soll [28]. — Am einfachsten scheint es zu seyn, wenn man bei der Entscheidung der Frage wegen des Werths der Klage theils die Angabe des Klägers als zunächst Maasgebend annimmt, theils dem richterlichen Ermessen die Bestimmung überläßt, welche Prozeßart nach Berücksichtigung des Werths angenommen werden soll. Für das Erste spricht schon die Analogie der l. 19. §. 1. D. de Jurisdictione, und die Rücksicht, daß in der Regel der Kläger eben so wenig den Werth zu gering angeben wird, weil er fürchten muß, daß im Falle der Verurtheilung des Beklagten derselbe sonst nur in die niedrige Summe verurtheilt würde, als er schwerlich die Summe zu hoch bestimmen wird, da er sonst den Vortheil des summarischen Prozesses verlieren würde. Hat er doch die Summe zu niedrig bestimmt, so muß der Kläger selbst die Folgen tragen,

---

28) Puchta l. c. S. 356.

und da der Beklagte noch immer Einwendungen machen und der Richter sie prüfen kann, so kann auch die Willkühr oder Schlauheit des Klägers keine Nachtheile für den Beklagten haben; daher sollte in der Regel die Werthsbestimmung, welche die Klage enthält, den Anhaltspunkt gewähren. Setzt der Beklagte die Einrede der unzulässigen Prozeßart entgegen, indem der Kläger die Summe zu niedrig angegeben habe, so hat der Richter, als mit Lebensverhältnissen vertrauter Mann zu prüfen, in wie ferne die Angabe des Beklagten gegründet ist; bleiben ihm erhebliche Zweifel über die Schätzung, so verweiset er die Sache zum ordentlichen Prozesse; da aber der Grund des Eintretens des summarischen Prozesses in geringfügigen Sachen in der präsumtiven Einfachheit der Sache liegt, so wird es nicht so sehr auf einige Gulden mehr oder weniger, als vielmehr darauf ankommen, ob die Sache faktisch oder juristisch verwickelt scheint; ist dieß der Fall, so wird der vorsichtige Richter lieber den Streit an den ordentlichen Prozeß verweisen.

Ausser den Fällen, in welchen wegen Geringfügigkeit der Summe die Zulässigkeit des summar. Prozesses bestimmt, giebt es auch andere, in welchen Gerichtsgebrauch und Landesgesetze ohne Rücksicht auf Summe summar. Verhandlung verlangen. Dahin rechnet man

1) Alimentensachen [29]. Da schon ein röm. Gesetz [30]) von summatim cognoscere in solchen

---

29) Ernestin Prozeßo. v. 1670. p. II. cap. I. Cod. jud. bav. v. 1753. cap. III. §. 3. Linde Lehrbuch §. 301.

30) l. 5. §. 8. 12. D. de agnosc et atend. lib. s. noch l. 1. §. 14. D. de vent. in poss. mitt.

Fällen sprach, da ein anderes [31]) die Sache als begünstigt in der Art erklärte, daß auch in den Gerichtsferien die Sache verhandelt werden soll, und die Reichsgerichte [32]) die Sachen, so eine Parthei Leibesnahrung begehrt, zu den causis extraordinariis rechneten, so konnte die Praxis [33]) leicht dazu kommen, Alimentensachen als summarisch zu betrachten. Allein mit Unrecht würde man jeden Fall, wo der Kläger eine Summe als Alimente verlangt, z. B. Leibrenten, oder wenn die Parthei erklärt, daß sie von der eingeklagten Summe allein ihre Lebensbedürfnisse bestreiten müsse, als Alimentensachen ansehen. Man muß vielmehr unterscheiden: α) so oft eine Gefahr auf dem Verzuge nachgewiesen werden kann, und nach der Art des in Anspruch genommenen Verhältnisses die Wahrscheinlichkeit der Alimentenforderung nachgewiesen werden kann, z. B. wenn die Ehefrau von ihrem Manne während des Scheidungsprozesses Alimente verlangt, ist das Ganze als eine provisorische Streitigkeit zu betrachten, und sobald das Provisorium regulirt ist, geht der ordentliche Prozeß seinen Gang fort [34]). β) So oft rückständige Alimente eingeklagt werden, oder die Klage auf Anerkennung eines andern Hauptverhältnisses geht, als dessen Folge auch Alimenten verlangt werden, z. B. bei Klagen wegen status, oder bei Schwängerungsklagen [35]), oder so oft zwar die Klage

31) l. 2. D. de feriis.

33) Kammergerichtso. III. Thl. Tit. 3.

33) Maranta de ordin. judic. p. 202. Claproth summar. Proz. §. 4. Note ff.

34) Gönners Handbuch IV. S. 316.

35) Zu weit geht wohl die Nassauische Prozeßo. §. 93. Nro. 2, wenn sie überhaupt Schwängerungs- und Alimentenforderungen zum summar. Prozeß rechnet.

auf Alimenten geht, der Beklagte aber das Recht des Klägers überhaupt läugnet, tritt die ordentliche Verhandlung ein. γ) Wenn aber auf laufende Alimente geklagt wird, das Recht hiezu entweder nicht bestritten ist, so daß nur über Quantum oder Nebenbestimmungen Streit ist, oder wenn das Recht sogleich durch Urkunden klar gemacht werden kann, (daß bei öffentlichen Urkunden der Mandatsprozeß gewählt werden darf, versteht sich ohnehin) so rechtfertigt sich die Anwendung des summarischen Prozesses.

2) Gesindesachen sollen, nach dem Zeugnisse der Practiker [36]) und nach dem Willen der Landesgesetze [37]), summarisch verhandelt werden. Von den neuern Gesetzen verweisen Einige [38]) nur die Sachen unter 30 Thlr., Andere dagegen [39]) jede Gesindesache, ohne Rücksicht auf Summe, zum summarischen Prozesse; allein die Erfahrung beweist, daß diese Vorschriften leicht ungerechter Weise ausgedehnt werden. a) Nur da, wo unmittelbar aus dem Dienstverhältnisse das Gesinde seinen Dienstlohn verlangt, oder wenn Streitigkeiten zwischen Dienstherren und Dienstboten über Antritt und Dauer des Dienstes auf die Aufkündigung, und über die während der Dauer des Dienstes durch den Dienstvertrag selbst begründeten Verhältnisse, z. B. über Umfang der Arbeit, über Brauchbarkeit des Gesindes, Streit entsteht, ist eine eigentliche Gesindesache, die

---

36) Stellen in Maranta de ordine p. 206. Dorn Gesinderecht S. 527.

37) Kursächs. erläut. Prozeßo. Tit. 1. §. 6. Sächs. Mandat v. 1753. §. 2. Hessenkassel. Prozeßo. v. 1745. §. 50. 52.

38) Z. B. Anhaltisches Gesetz von 1822. cap. 9. §. 3.

39) Z. B. Weimar. Gesindeordn. vom 18. Jun. 1823. §. 48. Wiener Gesindeordn. v. 1. Mai 1810. §. 148.

zum summarischen Verfahren sich eignet, vorhanden. b) Wenn dagegen das Gesinde seinen Dienstlohn, den es bei der Herrschaft stehen ließ, z. B. gegen Schuldschein zur Verzinsung, oder als Depositum fordert, ist als eine gewöhnliche Civilsache anzunehmen. c) Das nämliche gilt auch dann, wenn zwischen Herrschaft und Gesinde über Eigenthumsrechte Streit ist, z. B. ob eine gewisse Sache der Herrschaft oder dem Dienstboten gehört, oder d) so oft nach bereits geendigtem Dienstverhältnisse noch Nachklagen, z. B. über Entschädigung gestellt werden, oder e) wenn das Gesinde über Mißhandlungen oder Verläumdung enthaltende Injurien von Seite der Herrschaft klagt. f) Auf jeden Fall kann nur bei Personen, die zu dem eigentlichen Gesinde gehören, daher nicht bei Officianten, Verwaltern größerer Wirthschaften, oder bei Personen, die wissenschaftliche Arbeiten oder Kunstarbeiten leisten, von Gesindesachen die Rede seyn [40].

3) Innungs- Handwerks- und Gewerbsstreitigkeiten werden häufig zum summarischen Prozesse gerechnet [41]; allein auch hier ist der Aus-

---

40) Selbst der baier. Entw. §. 714. §. 2., der zwar durch den Ausdruck: Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnisse zweckmäßig beschränkt, geht noch zu weit, indem dann auch die Fälle, wo der Dienstbote einige Jahre seinen Lohn bei der Herrschaft stehen ließ, oder wenn Nachklagen gegen das Gesinde wegen Entschädigung, oder vom Gesinde gegen die Herrschaft wegen Verläumdung angestellt werden, zu den summar. gerechnet werden müßten.

41) Claproth, sum. Proc. §. 4. Nro. 12. Kori, Sächs. sum. Proc. §. 6. Gönner, Entwurf Buch III. Cap. 1. Nro. 2. Anhaltische Proceßordn. v. 1822. Cap. 9. §. 4.

druck zu vieldeutig, denn darnach schiene es, daß auch ein Streit über Aufnahme einer Person in eine Zunft immer summarisch zu verhandeln sey, und doch kann die Sache, z. B. wegen der Einrede, daß der Kandidat als ehrlos nicht aufnahmsfähig sey, sehr wichtig seyn; auch der Streit darüber: ob Jemand aus einer Zunft gestoßen werden könne, ob eine Zunft ihren Zunftzwang auch auf gewisse Personen ausdehnen darf, schiene nur summarisch geführt werden zu müssen. Gewiß darf man auch hier auf folgende Art unterscheiden: a) Ueberall, wo zwischen den einzelnen Mitgliedern einer Zunft Streitigkeiten obwalten, die nach den Zunftstatuten oder Gebräuchen zu entscheiden sind, ohne daß Dritte Unzünftige dabei betheiligt sind, entscheidet eigentlich mehr vermittelnd die Zunftobrigkeit [42]), und zwar nicht in den Formen eines gerichtlichen Rechtsstreits. b) Sind zwei Zünfte über die Grenzen ihrer Gewerbe im Streite, und können sie sich nicht auf Rechtstitel, woraus Privatrechte hervorgehen, berufen, z. B. auf Vergleiche, rechtskräftige Urtheile, so ist, da nur nach polizeilichen Regeln die Zweckmäßigkeit zu entscheiden ist, kein Privatrechtsstreit, sondern eine reine Verwaltungssache vorhanden [43]). c) Ist dagegen ein Streit einer Zunft mit Dritten Unzünftigen begründet, und sind die Merkmale einer wahren Civiljustizsache da, so tritt, α) wenn es auf einen Geldbetrag ankömmt, der nicht die Summe wichtiger Sachen erreicht, Verfahren bey geringfügigen Sachen, β) im entgegengesetzten Falle aber das ordentliche Verfahren ein.

---

42) Weimar. Zunftordnung v. 13. April 1821. §. 148.

43) S. Archiv für Civilpraxis IV. Band S. 343.

4) Daß Sachen der Reisenden summarisch verhandelt werden sollen, behaupten zwar Practiker [44]) und Landesgesetze [45]); auch ist es richtig, daß in den ältern Landesgesetzen, vorzüglich in Städten, ein Gastrecht vorkam [46]); allein ohne Landesgesetz kann den Sachen der Reisenden kein Vorzug eingeräumt werden. Mag auch dadurch, daß der Fremde, wenn er Beklagter ist, Gefahr für den einheimischen Kläger entstehen, so kann ja leicht geholfen werden, wenn der Kläger Arrest gegen den Reisenden impetrirt; ist aber der Reisende Kläger, z. B. er hat gegen den Gastwirth, ex recepto zu klagen, so ist nicht einzusehen, warum diese so wichtige Sache wegen der Person des Klägers zum Nachtheile des einheimischen Bürgers summarisch verhandelt werden soll; der Reisende mag einem einheimischen Advokaten den Auftrag zum Streite geben, und der Proceß geht dann seinen gewöhnlichen Gang fort. Wenn neuere Entwürfe [47]) zwar nur dann die Sachen der Reisenden als summarisch erklären, wenn der Streit aus der Reise entsprungen ist, so ist auch damit noch nicht geholfen; denn wenn z. B. der Reisende durch die Schuld des Kutschers Schaden erlitten zu haben behauptet, oder wenn der Fremde dem Fuhr-

---

44) Claproth, sum. Proc. §. 4. Note ff. Die von ihm angeführte Note 80. gehört gar nicht hieher. Danz, sum. Proc. §. 7.

45) Z. B. Naussauische Proceßordn. §. 93. Nro. 7. Oldenburg. Proceßordn. v. 1824. §. 21.

46) S. Archiv für Civilpraxis VII. Band. S. 378. Note 34. S. auch noch Kamptz Meklenburg. Civilproc. Ausg. v. Nettelbladt S. 113.

47) Gönner, Entwurf III. Buch cap. 1. §. 1. Nro. 5. Engelhards Entwurf. Satz 318. Nro. 7.

mann den versprochenen Fuhrlohn nicht bezahlen will, weil er behauptet, daß der Fuhrmann nicht die akkordirten Verbindlichkeiten erfüllt habe, so sind diese Streitigkeiten aus und auf der Reise entsprungen, und doch würde es hart seyn, den summarischen Proceß aufzudringen.

IV.

Von dem Verfahren in dem allgemeinen summarischen Verfahren.

Wenn zwar kein gemeinrechtliches Gesetz vorhanden ist, welches das Detail der Verfahrungsweise im allgemeinen summarischen Prozesse anordnet, so findet sich doch leicht eine Grundlage durch die Clementine 2 de verbor. sign., in so ferne darin der Pabst die Grundsätze aussprechen wollte, nach welchen in den Fällen verhandelt werden soll, in denen simpliciter et de plano, daher in unserer Sprache summarisch, verfahren werden muß [1]). Die Ansichten dieser Verordnung schwebten den Practikern der geistlichen Gerichte vor [2]), und die Landesordnungen und ihre Commentatoren hielten sich daran. Die Art der Anwendung blieb freilich dem Gerichtsgebrauche überlassen, die Ansichten desselben können aber am besten aus den einzelnen Landesgesetzen erkannt werden, welche das summarische Verfahren

1) Eine gute Erörterung über den Sinn der clem. saepe s. in Wernher de auctor. jur. canon. in process. p. 35.

2) Maranta de ordine judicior. p. 192—198.

regulirten, da man annehmen kann, daß wenigstens in den Hauptbestimmungen die Partikulargesetze an den besseren Gerichtsgebrauch sich anschließen wollten. Aber auch die Eigenthümlichkeit der Fälle, in denen summarisch verhandelt werden soll, die Absicht, welche der Gesetzgeber bei der Anordnung eines summarischen Verfahrens erreichen will, und das Verhältniß des summar. Prozesses zu dem ordentlichen belehren den Richter über die einzelnen Punkte, in welchen er vom ordentlichen Verfahren abweichen darf. Bei der Aufsuchung der Grundsätze, nach welchen überhaupt das Verfahren im allgemeinen summarischen Prozesse sich richten soll, darf man davon ausgehen:

A) Die Abweichung von dem Gange des ordentlichen Prozesses darf nicht so groß seyn, daß dadurch die Erfordernisse, welche die wesentlichen Bedingungen eines gerichtlichen Verfahrens und einer gerechten Rechtsfindung sind, vernachlässigt werden dürften [3]; daher darf a) die Rechtsvertheidigung überhaupt einer Parthei nicht abgeschnitten werden, obgleich in dem Umfange derselben, und in Form des Vorbringens, eine Abweichung vom gewöhnlichen Gange erlaubt ist. Daher muß b) die Legitimation zur Sache und der Legitimationspunkt überhaupt im summar. Prozesse ebenso hergestellt werden, als im ordentlichen. Daher muß c) jeder Parthei eine Beweisführung, so weit sie zur Begründung der überhaupt zulässigen Ansprüche und Vertheidigungsgründe nothwendig ist, erlaubt werden. d) Dem Urtheile und der Vollstreckung muß eine Verhandlung vorausgehen.

---

3) S. Gönner Handbuch IV. Thl. S. 18. 35.

B) Alle jene Bestimmungen des ordentlichen Verfahrens, die schon dort auf Abkürzung und Beschleunigung des Prozesses berechnet sind, müssen im summarischen Prozesse mit vorzüglicher Strenge beibehalten werden; daher findet die Eventualmaxime völlig Anwendung, und jede Parthei muß angehalten werden, alles, was sie vorbringen will, auf einmal in den zu dieser Art des Vorbringens bestimmten Terminen vorzutragen; daher müssen peremtorische Termine strenge eingehalten werden, und das dem Verfasser dieses Aufsatzes bekannt gewordene Verfahren eines Gerichts, welches nach dem schon rechtskräftigen Urtheile, in welchem die beweispflichtige Parthei wegen Unzulänglichkeit ihrer geführten Beweise mit der Klage abgewiesen wurde, noch die Beweisverfahren von vorne beginnen ließ, weil sich die Produzenten auf neue aufgefundne Beweise beriefen, läßt sich wohl nicht rechtfertigen, ungeachtet in den Entscheidungsgründen angeführt wurde, daß man es im summarischen Prozesse nicht so genau zu nehmen brauche.

C) Die Abweichung in jeder summarischen Prozeßart muß genau dem Bedürfnisse angepaßt werden, daher darf vom ordentlichen Gange nicht mehr weggelassen werden, als nothwendig wird, um den Zweck zu erreichen, den der Gesetzgeber bei Einführung der Prozeßart hatte; daher gestaltet sich das Verfahren anders bei den summarischen Prozeßarten, die wegen Gefahr auf dem Verzuge, oder wegen Vermeidung der Selbsthülfe eingeführt sind, und wieder anders bei den nicht erschöpfenden Prozeßarten, z. B. bei dem Executivprozesse.

D) So oft durch eine summar. Prozeßart nur ein gewisser vorläufiger Zustand, daher als nicht erschöpfend wegen des liquiden Anspruchs, mit Ver-

werfung weitläufiger Erörterung bedürfender Einreden, beabsichtigt wird, darf durch die Verhandlung und Entscheidung im summarischen Prozesse der nachfolgenden ordentlichen Verhandlung nicht präjudicirt werden, was z. B. richtig bei den im Executivprozesse ausgesprochenen Contumacialfolgen ist.

E) Der summarische Prozeß hat zweifache wesentliche Bestandtheile [4]), theils absolut wesentliche, welche er mit dem ordentlichen Verfahren gemeinschaftlich hat, weil sie in keiner Prozeßart fehlen dürfen, z. B. Nothwendigkeit des Gehörs, gehörige Legitimation der Partheien, theils bedingt wesentliche, solche, welche der besonderen summarischen Prozeßart eigenthümlich sind, und aus dem Zwecke und der Natur derselben hervorgehen, z. B. im Executivprocesse die Forderung, daß der Beklagte zur Erklärung über die Urkunde angehalten werde, während die Verabsäumung der absolut wesentlichen Bestandtheile die Nichtigkeit des Prozesses oder nach Umständen einzelner Abschnitte nach sich ziehen muß, wirkt die Vernachlässigung der bedingt wesentlichen nur auf die besondere Prozeßart, und es verwandelt sich daher häufig der summarische Prozeß in den ordentlichen.

F) Alle im ordentlichen Prozesse für einzelne gerichtliche Prozeßhandlungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten, welche auf die Beweiskraft sich beziehen, müssen auch im summarischen Verfahren beobachtet werden, z. B. über die Unterschrift eines gerichtlichen Protokolls, und wenn eine Abweichung von solchen Formen zulässig seyn soll, so muß sie durch ein besonderes Gesetz oder durch Gerichtsgebrauch gerechtfertigt werden können.

---

4) Genslers Handbuch zu Martin's Lehrbuch S. 59.

G) Die gesetzlichen Vorschriften über Erfordernisse der Partheienschriften sollen auch im summarischen Verfahren nicht vernachlässigt werden z. B. es muß in einer Klageschrift gehörig der faktische Klagegrund angegeben seyn, allein da diese Schriften im summarischen Verfahren nicht wesentlich sind, da die Parthei von der Pflicht bei Gericht persönlich zu erscheinen, in der Regel nicht frei ist, und in der mündlichen Verhandlung das Fehlende leicht ergänzt werden kann, so kann der Richter leichter über Mängel der Schrift sich hinwegsetzen, und Alles wird, wenn z. B. die Klagschrift unordentlich abgefaßt wird, darauf ankommen, ob die klagende Parthei noch selbst oder durch Bevollmächtigten bei Gericht erscheint, und die Klagschrift eigentlich nur eine Einleitungsschrift ist oder ob ein auswärtiger Kläger eine Klageschrift übersendet und ohne selbst bei Gericht zu erscheinen, nur um Vernehmung des Beklagten über die Klage bittet. Im ersten Falle ersetzt die nachfolgende mündliche Verhandlung, was der Schrift fehlte, im zweiten Falle, wo aber die Klagschrift die Grundlage der Vertheidigung des Beklagten werden soll, kann demselben nicht zugemuthet werden, auf eine ganz ungenügende Klagschrift sich einzulassen, daher in solchen Fällen mit Recht die unordentliche Klagschrift, wenn ihr wesentliche Theile fehlen, abgewiesen wird [5].

---

5) Schon die alten Juristen (Anführung ihrer Meinungen in Maranta de ordine Judic. p. 192.) glaubten, daß in causis summariis ein förmliches Klaglibell nicht nöthig sey, daß auch ein ineptes und generelles zulässig wäre, wenn man nur daraus sehen könne, was der Kläger wolle, und sie gebieten noch darauf zu sehen, ob der Beklagte eine Einwendung mache oder nicht.

H) Das Grundprincip, auf welchem das ordentliche Verfahren beruht, muß auch das Princip des summarischen Verfahrens seyn, z. B. das Verhandlungsprinzip im deutschen Prozesse. Wenn zwar behauptet wird [6], daß der summarische Prozeß auf eine ausgedehntere Gewalt des Richters berechnet ist, und daher mehr auf dem Untersuchungsprinzip beruhe, so ist's wohl richtig, daß in der Mündlichkeit des summarischen Verfahrens ein Grund liegt, aus welchem der Richter mehr von Amtswegen für die Aufhellung der Wahrheit thätig seyn kann, indem er im Falle unvollständiger oder ausbeugender mündlicher Vorträge durch passende Fragen auf bestimmte Antworten dringen wird [7], allein deswegen ist doch das Grundprinzip der Verhandlung nicht aufzugeben; auch im ordentlichen Prozesse hat der Richter das Recht und die Pflicht, streitige Thatsachen aufzuhellen [8], und übt dies Recht durch Dekrete aus, so wie er selbst das Recht hat, Fragen zu stellen [9], obgleich die Praxis dieser Befugniß sich nicht mehr bedient. Mit Unrecht aber würde man die richterliche Gewalt weiter ausdehnen, und im summarischen Prozesse dem Richter das Recht geben, Beweismittel, welche die Partheien nicht anführten, von Amtswegen zu benützen, oder eine Adcitation zu verordnen, oder gewisse Einreden von Amtswegen zu ergänzen; alles, was er in dieser Hinsicht

6) Puchta über die Gränzen des Richteramtes S. 49.

7) Auch der Clem. 2 de Verb. Sign. sagt: Interrogabit etiam partes sive ad earum instantiam sive ex officio ubicunque hoc aequitas suadebit.

8) C. 10. X. de Fide instrum. C. 6. X. de Judiciis.

9) Meine Schrift: der gemeine deutsche Prozeß 1. Heft S. 75 – 79.

im ordentlichen Prozesse thun darf [10]), kann er auch im summarischen Prozesse thun, ohne deswegen größere Befugnisse zu haben, obwohl sich nicht läugnen läßt, daß die persönliche Erscheinung der Partheien und die Mündlichkeit eine größere Thätigkeit des Richters herbeiführen wird, als sonst im schriftlichen Prozesse gewöhnlich eintreten wird.

Die Abkürzungsmittel des Verfahrens liegen I. in der Verbannung schriftlicher Verhandlungen, II. in dem Gebote der Verbindung des Beweises mit den ersten Verhandlungen, III. in der Beschränkung des Rechtsstreits durch das Verbot des Hereinziehens von Nebenverhandlungen und Zwischenstreitigkeiten, IV. in der Abkürzung der Termine, V. in der Vereinfachung der Vorschriften über Beweis und die Aufnahme derselben, VI. in der Erweiterung der richterlichen Gewalt und durch Annäherung an die Untersuchungsmaxime.

Was den ersten Punkt betrifft, so hat schon römisches und canon. Recht [11]) die Ansicht der Praxis gegründet, daß in der Mündlichkeit des Verfahrens ein Abkürzungsmittel liege, und unter der Voraussetzung, daß die zu geringfügigen Sachen gehörigen Fälle einfach, und daher auf mündliche Verhandlungen leicht zu entscheiden sind, und aus der Rücksicht, daß durch Forderung von Partheischriften die Partheien gezwungen wären, ihre Zuflucht zu Advokaten zu nehmen, daß dann längere Termine für die Einreichung der Schriften nothwendig würden, daß in solchen einfachen Fällen der Richter an die persönlich erschienenen Fragen leicht Fragen stellen,

10) S. meine Bemerkungen über den neuen baier. Entwurf im Archiv für Civilpraxis VIII. S. 438–40.

11) Nro. 17. cap. 2. clem. 2. de verb. sign.

und jeden Zweifel heben kann, ist gewiß die Mündlichkeit vorzuziehen [12]), deren Formen jedoch nach der Praxis entweder darin bestehen, daß gewisse Termine angesetzt werden, in welchen sogleich die Sache ad protocollum verhandelt, und die Erklärung jeder Parthei über die Anträge des Gegners verlangt werden, oder daß man Gerichts- oder Verhörstage anordnet [13]), in welche jeder Kläger seinen Gegner vorladen lassen kann, und wo dann, nur mündlich verhandelt, sogleich entschieden und nur das Urtheil, häufig mit kurzer Angabe der Klage und der Einreden, in das Gerichtsbuch eingetragen wird. Diese letzte Form hat sich in manchen Gegenden zum großen Vortheile der Justiz erhalten, und es ist nichts ungewöhnliches, daß an einem solchen Gerichtstage dreißig und vierzig Prozesse entschieden werden. Die Sitzungen der französischen Friedensrichter [14]) beruhen auf dieser Idee, und der preußische Prozeß [15]) verlangt, daß für die kleinen Fälle wöchentliche Gerichtstage bestimmt werden; es scheint mir, daß das dafür vorgeschriebene Verfahren noch mehr abgekürzt werden könnte, weil es unnöthig ist, daß in allen Fällen der Kläger erst in einem Gerichtstage gehört, dann der Beklagte auf den nächsten Gerichtstag vorgeladen, dort zu Protokoll vernommen werde, und daß dann erst der Gerichtsdeputirte das Protokoll dem Kollegio

12) S. meine Schrift: Der gemeine deutsche Prozeß I. Heft S. 145—162. Puchta Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis S. 316.

13) Auch der baier. Entwurf v. 1825. §. 725. ordnet solche Gerichtstage an.

14) Code de procéd. Art. 8.

15) Gerichtsordn. Tit. 26. §. 15.

zur Entscheidung vorlege. Viel einfacher wäre es, wenn der Kläger angewiesen würde, vor dem Gerichtstage seine Klage nur dem aufgestellten Gerichtsboten oder dem Sekretär des Gerichts kurz anzugeben, worauf die Vorladung des Beklagten erfolgte, und eine schriftliche Aufzeichnung des beiderseitigen Vorbringens in der Regel [16] nicht weiter zu geschehen brauchte, als daß bei der Urtheilsfällung der Klagegrund, das Gesuch, die Einwendung des Beklagten, und die beiderseitigen Beweismittel kurz bezeichnet würden [17].

Es sollte jedem Kläger freistehen, den Beklagten, wenn die Klage zu den geringfügigen Sachen gehört, auf diese Art in den nächsten Gerichtstag vorzuladen; zeigte sich aber aus den Einwendungen und Erklärungen des Beklagten, daß die Sache nicht so einfach ist, so könnte das Gericht die Partheien auf einen besonderen Gerichtstag, der brevi manu im Protokolle bemerkt würde, verweisen. Mit Unrecht geht man aber in manchen Ländern, wo summarisch verhandelt wird, so weit, gar keine schriftliche Klage anzunehmen; schon die Clementine 2. de verb. sign. zeigt durch die Worte: necessario libellum non exigat, daß man nur die Klageschrift nicht verlangen soll; schon die älteren Practiker [18] stellen

---

16) Auch Puchta in den Beiträgen S. 319 will nicht sogleich jedes Vorbringen der Partheien niederschreiben lassen, s. darüber unten.

17) Eine hannöverische Verordnung v. 24. April 1823 über das in d. Grafschaft Bentheim zu beobachtende Verfahren in geringfügigen Rechtsstreitigkeiten schreibt in §. 2. dies vor.

18) Maranta de ordine judic. p. 192. und die bei ihm Angeführten.

es dem Kläger frei, ob er mündlich oder schriftlich klagen will, weil für den oft vom Gerichtsorte entfernten Kläger dies Wahlrecht gewiß einen Vortheil gewährt [19]). Dagegen ist es eine tadelnswerthe Vereitelung der Absicht des Gesetzes, wenn man bei manchen Gerichten im Termine gestattet, daß der Beklagte einen vorher verfaßten Exzeptionsrezeß loco recessus oralis zu den Akten übergebe; die Sache wird dadurch offenbar verwickelter, der Advokat, welcher die Schrift verfertigt, zieht schon häufig verschiedene Gesichtspunkte herein, und dem Kläger, welcher dann erklärt, daß er auf diese Art der Antwort nicht vorbereitet gewesen sey, muß ein neuer Termin gegeben werden, so daß zuletzt das summarische Verfahren sich in das ordentliche verwandelt.

In Bezug auf die Frage: ob in dem summarischen Prozesse Advokaten zugelassen werden sollen, muß man wohl die Frage unterscheiden: a) sollen die Partheien immer persönlich erscheinen müssen, oder auch durch Bevollmächtigte erscheinen dürfen? sollen nicht auch Advokaten als Bevollmächtigte gewählt werden können? b) sollen Advokaten, als rechtsgelehrte Vertreter, zulässig seyn? Die erste Frage muß unbedingt bejaht werden, es würde ungerecht seyn, wenn man den entfernten Kläger wegen 30 fl. nöthigen wollte, persönlich bei Gericht zu erscheinen; auch hat man in der deutschen Praxis [20]) nie bezweifelt, daß auch im summar. Prozesse Bevollmächtigte erscheinen können, ebenso wie auch vor den französ.

---

19) Richtig bestimmt auch das Weimar. Ges. v. 1817. §. 17. dies Wahlrecht; s. auch Anhaltisches Gesetz v. 1822 cap. IX. §. 3. auch baier. Entwurf §. 715. s. noch Linde Lehrbuch S. 430.

20) Maranta de ord. jud. p. 199.

Friedensgerichten [21]) Bevollmächtigte erscheinen dürfen. Wenn man aber verordnen will, daß als Bevollmächtigter ein Advokat nicht gewählt werden dürfe [22]), so liegt darin eine ebenso große Härte für die Partheien, als ein beleidigendes Mißtrauen der Advokaten, indem man vorauszusetzen scheint, daß ein Advokat gar nicht redlich einen einfachen Prozeß auch einfach betreiben könne; aber auch die Unterthanen werden beeinträchtigt; an wen soll sich eine schüchterne, mit allen Gerichtsverhältnissen unbekannte Wittwe in Ländern, wo keine Geschlechtstutel besteht, wenn sie belangt wird, eher wenden, als an einen Advokaten, der ihr Rath giebt? warum soll sie ihm nicht die Vollmacht ertheilen können? — Auch für den Kläger, der an einem von dem Wohnorte des Beklagten weit entfernten Orte wohnt, und keine Bekannte an dem Gerichtsorte hat, ist nichts natürlicher, als daß er sich an einen Advokaten wendet, dessen Namen er am leichtesten aus öffentlichen Blättern erfahren konnte. Wenn z. B. der entfernte Kläger an dem Gerichtsorte keinen Bekannten hat, als nur seinen da wohnenden Schwager, welcher Advokat ist, soll er ihn nicht bevollmächtigen dürfen, blos weil sein Schwager — Advokat ist? [23]) Es ist nicht zu läugnen, daß bei den

21) Code de proc. Art. 9.

22) Dies ist im neuen baier. Entwurfe geschehen §. 144. Auch der Code de proc. du Pays de Vaud Art. 394. spricht dies aus.

23) Merkwürdig ist, daß nach dem baier. Entw. §. 147. 148. auch in geringen Rechtsstreitigkeiten, welche bei Collegialgerichten vorkommen, also auch bei Personen, die privilegirten Gerichtsstand haben, Advokaten als Bevollmächtigte zulässig sind.

Untergerichten durch Hereinziehen von Advokaten leicht ein weitläufiger, dem Bedürfnisse des Falles und der Absicht des Gesetzgebers widersprechender Prozeß entstehen kann; allein dieß ist nur dann der Fall, wenn das Gericht nicht seine Pflicht thut, wenn es zu nachsichtig gegen Einstreuungen und Ausbeugungen ist, und schriftliche Verhandlungen da gestattet, wo sie nicht am Platze sind; wenn das Gesetz strenge ist, und den Advokaten für ihre im summarischen Prozesse eingereichten Schriften keine Deserviten anzusetzen erlaubt, wenn die Gerichte ihre Pflicht thun, und den Advokaten wie jeden anderen Bevollmächtigten betrachten, so ist nicht einzusehen, welche Gefahr entstehen soll [24]. Die zweite oben gestellte Frage wird besser unten untersucht werden können.

Als ein Hauptabkürzungsmittel der Prozesse hat man das Gebot betrachtet [25], daß der Kläger sogleich mit der Klagschrift oder mit dem Vorbringen seiner Klage die Beweismittel producire, deren er sich bedienen will; es haben auch ältere [26]) und neuere [27])

---

24) Es verdient wohl Erwägung, ob nicht die Würtenbergische Bestimmung im Edict von 1818 §. 76 nachgeahmt werden soll, nach welcher, wenn eine Parthei einen Advokaten beizog, der Gegner auch im Falle des Unterliegens nicht schuldig ist, die hierdurch weiter aufgewendeten Kosten zu erstatten. Die Vorschrift ist zwar in der Novelle von 1822 §. 16 wieder aufgehoben. Schon die Altenburg. Prozeßo. pars II. tit. 1. §. 13. kannte die in Würtenberg 1818 ausgesprochene Ansicht, ließ aber Ausnahmen zu.

25) Puchta Beitr. zur Gesetzgebung S. 348.

26) Sächs. Mandat v. 1753 §. 3. 4. 5. Schott Grundlinien S. 32.

27) Weimar. Gesetz v. 1817 §. 23–25. Anhalt. Gesetz. Nassauische Prozeßo. §. 94. Nro. 1.

Landesgesetze diese schleunige Beweisantretung im Verfahren in geringfügigen Angelegenheiten geboten; allein gemeinrechtlich kann diese Nothwendigkeit nicht erwiesen werden [28]), und kein Richter darf einen Kläger mit den nicht mit der Klage vorgebrachten Beweismitteln präkludiren, da im gemeinen Prozesse zu den Grundformen auch die Trennung der Beweisperiode von dem ersten Verfahren gehört, weil weder ein Gesetz des gemeinen Rechts noch der Gerichtsgebrauch eine Ausnahme im summarischen Prozesse gemacht hat, und der Richter die Grundform nicht zum Nachtheil derjenigen, die ihr Recht bei Gericht verfolgen, verändern darf; es möchte aber auch sehr bedenklich für eine neue Gesetzgebung seyn, diese nothwendige Antizipation vorzuschreiben; schon an sich müssen die gerühmten Vortheile [29]) in ihrer Allgemeinheit bezweifelt werden [30]); noch mehr aber scheint mit der Rücksicht, daß bei geringfügigen Sachen die Partheien ohne alle Anwälde bei Gericht erscheinen, unbekannt mit gesetzlichen Formen, genuggethan glauben, wenn sie nur ihre Klage vorbringen, das Gebot der Antizipation zu contrastiren, indem es die Absicht des Gesetzgebers seyn muß, der ohne Anwald erscheinenden Parthei die Formfehler nicht anzurechnen, die nur aus Mangel der Kenntniß der Gesetze ent-

---

28) Man sieht auch aus Maranta p. 194., daß die ältere Praxis nichts davon wußte.

29) Am besten entwickelt in v. Gönner Motive zum Entwurfe S. 301.

30) Mein Aufsatz im Archiv für Civilpraxis I. S. Pratobevera, Materialien zur Gesetzkunde II. Thl. S. 83. Will vom antizipirten und besseren Beweise. (Landshut 1821) S. 20.

stehen. Es mag zweckmäßig seyn, wenn das Gesetz den Partheien gebietet, bei ihrem Auftreten im Gerichte die schriftlichen Beweise ihrer Behauptungen sogleich beizubringen, es darf aber die Unterlassung mit keiner Strafe belegt seyn, der Richter muß vielmehr im mündlichen Verhandlungstermine der Parthei bedeuten, daß sie ihre Beweismittel anzugeben habe, und es muß ihm überlassen seyn, die schleunige Beibringung schriftlicher Beweise von der Parthie zu verlangen. Ob es zu Interlokuten im summarischen Prozesse kommen darf, soll unten noch untersucht werden.

Die Vorladung des Beklagten darf nie fehlen [31]), und auf einseitiges Vorbringen des Klägers darf kein Bescheid erlassen werden, in so ferne nicht der Gesichtspunkt eines Provisoriums oder polizeiliche Rücksicht eine Anordnung fordert. Die Ladung kann mündlich geschehen [32]). Honoratioren [33]) werden zwar schriftlich geladen [34]); allein eine Nichtigkeit entsteht aus mündlicher Ladung solcher Personen nicht, wenn nur gewiß ist, daß der Vorgeladene die Ladung und die Zeit des Erscheinens sicher erfuhr. Wenn man jedoch erwägt, daß über die Insinuation häufig Streit entsteht, daß auch die Ursache der Ladung angegeben werden soll, und daß es zweckmäßig ist, wenn man dem Beklagten eröffnet, welche Strafe das Ausbleiben nach sich

---

31) Clem. 2. de V. 5. Citationem — per commissionem hujusmodi non intelligimus, excludi.

32) Danz Grunds. des ordentl. Proz. §. 97. Danz summar. Proz. §. 9. Altenburg. Prozeßo. II. Thl. Tit. 1. §. 3.

33) S. die Streitigkeiten, wer darunter zu verstehen. Winkler Anl. zur Führung der Injurienproz. S. 110.

34) Wegen l. 17. §. 1. Cod. de Dign.

ziehen würde, so möchte es rathsam seyn, wenn die Vorladung auf die Klage schriftlich, wenigstens durch kurze Angabe auf der Klagschrift, wenn eine solche eingereicht worden, geschehe; der Kläger kann mündlich geladen werden [35]).

In Bezug auf die Instruction der Sache muß die mündliche Verhandlung und das persönliche Erscheinen der Partheien oder ihrer Bevollmächtigten die Regel bilden. Dadurch soll aber der Beklagte nicht gehindert werden, eine schriftliche Antwort auf die Klage einzureichen; allein er wird dadurch nicht von der Erscheinung im Termine frei; der Richter hat vielmehr die Pflicht, die Klagschrift und Antwortschrift nur als Grundlagen zu betrachten und darauf zu dringen, daß jede Parthei über die von ihr etwa unvollständig oder dunkel vorgebrachten Thatsachen sich deutlich erkläre und ebenso bestimmt die Thatsachen des Gegners beantworte. Die Sitte, daß eine Parthei die Erlaubniß erhält, loco recessus oratis, einen schriftlichen Rezeß zu den Akten zu bringen, ohne persönlich zu erscheinen, sollte strenge verboten seyn. Der Richter hat durch die mündliche Verhandlung die beste Gelegenheit, von dem Aufhellungs- und Fragerechte ausgedehnten Gebrauch zu machen, ohne deswegen das Verhandlungsprinzip zu verletzen; wenn die Klage mangelhaft ist, so muß er durch sachgemäße Fragen für die Ergänzung sorgen [36]); er muß aber auch mit dem Beklagten die Klage durchgehen, um eine vollständige Antwort zu erhalten; das Verhandlungsprinzip wird auch hier

---

35) Gut vorgeschrieben im Weimar. Gesetz v. 1817 §. 26—29. Hanöv. Vero. für Bentheim v. 1823 §. 2. Anhalt. Gesetz §. 5.

36) Weimar. Ges. §. 22. Anhalt. Ges. §. 3.

dem Richter die zu beobachtende Gränze zeigen, er wird sich hüten, den Beklagten auf Einreden aufmerksam zu machen, er wird aber von den Thatsachen, welche die Partheien vorbrachten, den geeigneten Gebrauch machen, wenn auch die Parthei die daraus hervorgehenden Einreden nicht mit dem kunstmäßigen Namen bezeichnet haben sollte [37].

Die Thätigkeit des Richters muß dahin gehen, daß in dem nämlichen Termine in der Regel die Verhandlung geschlossen wird und das Urtheil gefällt werden kann, so daß für die Replik und Duplik kein besonderer Termin gegeben wird; allein es würde ungerecht seyn, wenn man von dieser Regel keine Ausnahmen zulassen wollte; so oft der Kläger neue Thatsachen zur Widerlegung der Einreden anführt und Gründe wahrscheinlich macht, aus welchen er auf die Einreden nicht sogleich repliciren kann, z. B. jemand klagt aus einer Forderung seines verstorbenen Vaters gegen den Beklagten, und der Beklagte wendet Einrede der Zahlung, der Abrechnung oder des Vergleichs ein, und Kläger führt an, daß er erst in den Papieren nachsehen oder sich bei seinen Verwandten erkundigen müsse, so muß auch der Richter dem Kläger (auf ähnliche Art kann dies auf den Beklagten angewendet werden) einen Termin zur weiteren Erklärung geben [38].

In Bezug auf die Art der Antwort des Beklagten hat zwar das canon. Recht erklärt, daß der Richter im summarischen Prozesse eine Litiscontestation nicht fordern soll, daher auch die gemein-

---

37) Baier. Entwurf §. 263. S. jedoch meine Bemerkungen darüber im Archiv für Civilpraxis VIII. S. 438.

38) Weimar. Ges. §. 37.

rechtlichen Juristen [39]) eine Litiscontestation nicht für nöthig hielten, und selbst neuere Prozeßgesetze [40]) diesen Ausspruch enthalten; allein man muß hier wohl die förmliche von der materiellen Litiscontestation unterscheiden; wenn man erwägt, daß das canon. Recht ebenso wie das spätere Recht z. B. noch im sechszehnten Jahrhundert allgemein [41]) gewisse Ausdrücke, wodurch man den Krieg befestigte, verlangte, so bezieht sich die Clementine nur darauf, daß eine solche Form nicht nöthig seyn soll; jede Art der Antwort, woraus man deutlich erkennt, was der Beklagte gesteht oder läugnet, vertritt die Stelle der Einlassung [42]), die aber der Sache nach nie fehlen darf, weil sie allein die Grundlage und Bedingung einer gerechten Urtheilsfällung wird.

Alle dilatorischen Einreden, die im ordentlichen Prozesse zulässig sind, werden auch hier vorgebracht werden können, weil sie auf die Bedingungen sich beziehen, unter welchen ein die Partheien bindender Streit verhandelt werden kann, so daß dem Beklagten, wenn den Einreden nicht abgeholfen wird, nicht zugemuthet werden kann in den Streit sich einzulassen [43]); z. B. exceptio deficientis legitimationis. Eine besondere Art verzögerlicher Einrede ist die der unrecht gewählten Prozeßart. Die Berufung auf die Worte der Clementine: exceptiones,

---

39) Maranta de ord. judic. p. 194. Berlich. concl. p. 26 Nro. 6; auch Danz summar. Proz. §. 9.

40) Z. B. Weimar. v. 1817 §. 33.

41) Termineus process. jur. script.

42) Schon Carpzov jurispr. Forens. 1 const. 2 def. 17 Nro. 8 const. 10 def. 8. Giesebert periculum statutor p. 612. Linde Lehrbuch S. 431.

43) Gönner Handbuch IV. S. 38.

appellationes dilatorias et frustratorias repellendo beweist nichts für die Unzulässigkeit der dilatorischen Einreden, da offenbar der Pabst den Commissär nur ermächtiget, alle chicaneusen und grundlos den Prozeß in die Länge ziehenden Einreden und Appellationen abzuschneiden, ohne deswegen die eigentlichen dilatorischen Einreden, deren Abweisung häufig einen nichtigen Prozeß führen, nöthigen würde, ausschließen zu wollen [44].

Der Grundsatz der Eventualmaxime in Bezug auf das Vorbringen der Einreden muß aber mit Strenge auch im summarischen Prozesse eingehalten werden, da diese auf Abkürzung des Verfahrens berechnete Maxime am meisten zur Erreichung des Zwecks des summarischen Prozesses beiträgt. Daher müssen alle dilatorischen und zerstörlichen Einreden, welche der Beklagte vorbringen will, auf einmal angebracht werden [45], und wenn Danz [46] glaubt, daß hier die dilatorischen Einreden nicht gerade an den ersten Termin gebunden sind, so kann man dieser Ansicht gewiß nicht beistimmen, weil sonst die Absicht des Gesetzgebers vereitelt würde, weil auch die Parthei durch die Geringfügigkeit der Sache nicht von den allgemeinen prozeßualischen Pflichten befreit seyn

---

44) S. einen anderen Grund in Gönner IV. S. 39. Das Anhalt. Gesetz §. 2. Nro. 3 läßt die exc. deficientis cautionis nicht zu; allein warum will man dem Beklagten zumuthen, ohne Sicherheit wegen der Kosten sich mit einem völlig fremden Kläger einzulassen. Die Meinung jedoch, daß der Kläger im sum. Prozesse keine cautio pro exp. stellt, ist die der Praxis. Hommel rhaps. obs. 14. Berger oecon. jur. edit. Winkler p. 766.

45) Schon Maranta p. 194 fordert dies auch im sum. Prozesse.

46) Im summar. Proz. §. 9.

kann, weil auch die Einlassung hier völlig die Stelle der Litiscontestation vertritt, und der Richter leicht im Termine der Parthei eröffnen kann (was ihm vorgeschrieben werden sollte). Daß alle nicht sogleich vorgebrachten Einreden nicht berücksichtigt werden sollen.

Auch prozeßhindernde Einreden können vorgebracht werden; allein ihre rechtliche Natur muß sich im summarischen mündlichen Prozesse ändern; hier wird der Richter sogleich den Kläger darüber befragen und die vom Beklagten vorgebrachten Beweise der Einrede prüfen können, daher auch noch im nämlichen Termine entschieden werden kann, ob der Beklagte doch zur Einlassung angehalten werden soll, oder ob die Einrede allein hinreicht, ein Endurtheil zu fällen.

Mit Unrecht würde man die Widerklage [47]) und das Vorbringen von Gegenforderungen im summarischen Prozesse ausschließen. Schon das canon. R. in den Worten der Clementine: et etiam rei, si quid petere voluerit, est in ipso litis exordio facienda erkennt die Zulässigkeit der Widerklage, und gewiß mit Recht, da in dem allgemeinen summarischen Prozesse erschöpfend, wie sonst im ordentlichen Verfahren, entschieden werden soll, und hier nicht, wie bei anderen Prozeßarten, wo die Gesetzgebung nur ein schleuniges Urtheil beabsichtigt, gewisse Punkte ad separatum gewiesen werden sollen. Die ratio, aus welcher selbst wegen Verminderung der Zahl der Prozesse und der Kosten das Gesetz Widerklagen gestattet, entscheidet auch im summarischen Prozesse. Auch liegt in der Natur

---

47) Z. B. in Meklenburg ist sie ausgeschlossen. V. Kamptz Meklenb. Civilproceß (neue Ausg. v. Kamptz) S. 110.

der Compensation, aus welcher die Widerklage hervorging, das Recht des Beklagten, sich auf die Gegenforderung ebenso berufen zu können, wie er sich auf die Zahlung berufen kann. Es wird zwar selten die Summe der Widerklage genau diejenige seyn, welche die Hauptklage zur summarischen macht, und in so ferne haben neue Gesetzgebungen entweder vorgeschrieben [48]), daß, wenn die beiden Partheien nicht auf die vollständige Mitentscheidung im summarischen Prozesse compromittiren, die gleichzeitige Verhandlung der Widerklage mit der Gegenforderung erlaubt seyn soll, der Beklagte aber, wenn er verurtheilt wird, den Betrag der Hauptklage bezahlen oder gerichtlich deponiren soll, so daß er binnen vierzehn Tagen die Widerklage, wenn sie noch nicht angestellt war, bei deren Verlust erheben muß. Nach anderen Gesetzen [49]) soll der Kläger auf den Grund der Gegenforderung, ohne daß eine Widerklage angestellt zu werden braucht, in die Leistung der ganzen Gegenforderung verurtheilt werden, wenn sie ihrer Natur und Betrag nach zur Verhandlung als geringfügige Sache sich eignet; im Gegentheile soll die Gegenforderung unberücksichtigt bleiben, der Beklagte wird in die Hauptsache verurtheilt, kann aber, wenn er binnen 30 Tagen wegen der Gegenforderung klagt, die Vollstreckung des Urtheils ablehnen. Am natürlichsten scheint es, wenn man die Gegenforderung, so weit sie den Betrag, der für summarische Verhandlungen gilt, nicht übersteigt, in der Art, wie das Anhaltische Gesetz es thut, zuläßt, und bei der eigentlichen Widerklage es a) davon abhängen läßt, ob beide Partheien auf

---

48) Weimar Ges. v. 1817. §. 6. 14.

49) Anhaltisches §. 2. Nro. 4.

summarische Verhandlung compromittiren b) und wenn dies nicht geschieht, den Richter darüber entscheiden läßt, ob er, mit Erwägung der Natur der einzelnen Widerklage z. B. wegen ihrer Verwickelungen, die Widerklage ad separatum weißen oder zulassen will.

In Bezug auf die Contumacialstrafen muß das Princip, welches der ordentliche Prozeß aufstellt, für den Richter auch im summarischen Prozesse so lange entscheiden, als das Gesetz keine Ausnahme macht. Nur frägt sich, ob nicht auch im gemeinen Prozesse bei der summarischen Verhandlung die Strafe, daß die Klage als eingestanden angenommen und der Beklagte der Einreden verlustig erklärt werde, angenommen werden darf; allein der Grundsatz, daß der Richter keine größeren Nachtheile erkennen darf, als das Gesetz erlaubt, daß auch der summarische Prozeß allen Regeln des ordentlichen Prozesses folgen muß, wenn nicht ein Gesetz oder Gerichtsgebrauch Ausnahme macht, daß aber der Gerichtsgebrauch im summarischen Verfahren keine anderen Ungehorsamsfolgen als im ordentlichen Prozesse ausgesprochen hat, führt gewiß zur Verneinung der Frage; allein durch die Art des mündlichen Verfahrens und die gewöhnliche Form den Beweis zu anticipiren, erhält die Ungehorsamstheorie eine andere Bedeutung; so oft nämlich der Kläger Urkunden zum Beweise der Klage sogleich vorbringt, wird der Ungehorsam des Beklagten die Folge haben, daß die Urkunde für anerkannt gehalten wird, und in diesem Falle wird freilich auch die Klage für erwiesen angenommen werden können; die Präklusion der Einreden rechtfertigt sich schon dadurch, daß auch im ordentlichen Prozesse Einreden nur mit der Antwort vorgebracht werden sollen, und daher der

Ungehorsame, der sich nicht einließ, die Folgen tragen muß. Producirt aber der Kläger nicht sogleich Urkunden, so kann er doch im Termine verlangen, daß er sogleich, ohne daß ein neuer Termin zur Erscheinung und Einlassung des Beklagten angesetzt wird, zum Beweise gelassen wird; er wird daher Zeugen vorschlagen oder Eid zuschieben, und wenn auch darauf der zur Erklärung über die Beweismittel vorgeladene Beklagte nicht erscheint, so wird freilich in den meisten Fällen der Beklagte den Prozeß verlieren.

Für eine neue Gesetzgebung aber, wenn sie auch sonst im ordentlichen Verfahren das Zugeständniß der Klage nicht als Ungehorsamsfolge drohen will [50], empfiehlt es sich gewiß im summarischen Prozesse die Strafe der affirmativen Einlassung und Präclusion der Einreden zu drohen, unter der Voraussetzung, daß dem Beklagten bei der Vorladung deutlich dies Präjudiz voraus angedroht wurde, und Beweis vorhanden ist, daß die Ladung zu seiner Kenntniß gekommen ist. Der vorherrschende Wunsch der Gesetzgebung, alle Zögerungen abzuschneiden und die Präsumtion der Einfachheit des Verhältnisses im summarischen Prozesse rechtfertigt das Präjudiz.

In Bezug auf die Art, die Verhandlungen zu Protokoll zu nehmen, verdient der Vorschlag Puchta's [51] Berücksichtigung. Die Mehrzahl der Richter hat zwar die Sitte, alle Rezesse der Partheien wörtlich zu Protokoll diktiren zu lassen oder zu diktiren; allein diese Form ist häufig ebenso zeitraubend als

---

50) Gewichtige Gründe für dies Präjudiz s. in Stürzer im Archiv für Civilpraxis VIII. Band. Nro. 16. Puchta über die bürgerliche Rechtspflege S. 45–56.

51) In den Beiträgen zur Gesetzgebung S. 319.

überflüssig; viel einfacher wäre es, wenn der Richter die Partheien mündlich nach geeigneter Befragung vortragen läßt, und dann, wenn das Sachverhältniß hinreichend aufgeklärt ist, den Partheien eine Uebersicht (gleichsam resumé oder status causae) vorträgt, und wenn sie damit einverstanden sind, dies zu Protokoll nimmt [52]. In ganz einfachen Fällen bedarf es nicht einmal dieser Protokollirung, sondern es wird sogleich das Urtheil gefällt, mit Angabe des Klagegrundes-Gesuchs des Klägers und der Art der Erklärung des Beklagten.

Die Rechtsausführung kann keiner Parthei verweigert werden, und es würde selbst unpassend seyn, wenn man in den Verhandlungen diese Ausführungen gar nicht vorkommen lassen wollte [53]; der kluge Richter wird aber von selbst darauf halten, daß vorerst jede Parthei sich bestimmt nur über die Thatsachen des Gegners erkläre, ob sie gestehe oder läugne, und dann erst ihre Rechtsausführungen vorbringe; auch würde es unpassend seyn, wenn man bogenlange gelehrte Deductionen diktiren ließe; es wird hier wieder vom Richter abhangen, ob er die Rechtsausführung nur mündlich vortragen, oder am Ende des Vortrags die Rechtserörterung nur gedrängt mit Bemerkung der Gesetze, worauf die Partheien sich berufen, protokolliren lassen will [54]. Schriftliche Ausführungen sollen in einfachen Sachen nie geduldet werden, und in so ferne können Advokaten, wenn sie als Bevollmächtigte erscheinen, nicht mehr Rechte haben, als andere Mandatare; Kosten für

---

52) Dies ist richtig vorgeschrieben im Baier. Entw. §. 719.

53) Meine Bemerkungen in dem I. Hefte meiner Schrift: Der gemeine deutsche Prozeß. I. S. 168.

54) Weimar. Ges. §. 37. 38. Nassau. Gesetz §. 94. Nro. 6.

solche Ausführungen anzurechnen, soll nie erlaubt seyn.

Was das Beweisverhältniß im summarischen Prozesse betrifft, so ist jetzt die Meinung, daß die Bescheinigung (demonstratio), d. h. ein unvollständiger Beweis im summarischen Prozesse, die Stelle des eigentlichen Beweises vertrete, wohl ziemlich allgemein als unrichtig anerkannt [55]), und mit Recht hat der baier. Entwurf [56]), um die Richter vor Mißgriffen zu warnen, erklärt, daß auch im summarischen Prozesse Beweis nothwendig sey. Schon die Bedeutung des Worts: Bescheinigung ist höchst bestritten [57]); daß man mit Unrecht annehmen würde, in summarischen Prozessen reiche überhaupt Bescheinigung, als unvollständiger Beweis gedacht hin, ist schon von Anderen nachgewiesen worden [58]); allein man kann nicht einmal behaupten, daß Bescheinigung ein Beweis sey, bei welchem das Gesetz die sonst vom Beweise im ordentlichen Prozesse geforderten Förmlichkeiten nachläßt, sondern nur soviel ist wahr, daß zu einigen prozessualischen Verfügungen, insbesondere bei Prozeßarten, die nur ein Provisorium bezwecken oder wegen Gefahr auf dem Verzuge wichtig werden, nur Nachweisung einer Wahrscheinlichkeit genügt, weil der Richter nur eine

---

55) Gönner Erörterungen Nro. XLI. Derselbe im Handbuch IV. S. 41. Grolmann Theorie §. 229. Danz. summar. Proz. §. 10.

56) Baier. Entw. §. 734. S. darüber vorzüglich Puchta über die bürgerliche Rechtspflege und Gerichtsverfassung S. 368.

57) Martin u. Walch Magazin für den gemeinen bürgerl. Prozeß 1. Heft S. 110. Schneider Lehre vom Beweise S. 243. 542.

58) Grolmann Theorie §. 229.

Grundlage für seine Verfügung und eine Versicherung braucht, daß das Gesuch der Parthei nicht grundlos und muthwillig gestellt ist. Mit Recht stellt man daher die Regel auf: daß auch im summar. Prozesse alle gesetzlichen Bedingungen in Ansehung der Beweiskraft gelten und nur in Ansehung der Formalitäten der Beweisführung gewisse Abweichungen gerechtfertigt werden, für welche entweder ein Gesetz oder der Gerichtsgebrauch anzuführen sind.

In Bezug auf die Frage: ob Beweisinterlokute im allgemeinen summarischen Prozesse Statt finden können, kann gemeinrechtlich zwar die Zulässigkeit nicht bezweifelt werden, allein nur Ausnahmsweise kann ein solches Interlokut vorkommen. Wenn der Richter seine Pflicht thut, und auf bestimmte Erklärungen dringt, die Partheien auffordert, sogleich ihre Beweise, im Falle des Abläugnens der Thatsachen von Seite des Gegners, vorzulegen, wenn am Ende der Vorträge der Richter das Sachverhältniß fest setzt, und die noch streitigen Punkte hervorhebt, so wird in den meisten Fällen, vorzüglich wegen der Einfachheit der Verhältnissen, eine Beweisauflage durchaus überflüssig seyn; allein wenn der Beklagte verwickelte Einreden, und der Kläger wahre Repliken vorbringt, wenn jede Parthei die Beweislast von sich abwälzt, so wird es doch nothwendig werden, daß der Richter sogleich am Schlusse des Protokolls bestimmt, wer beweisen soll, mit Festsetzung des Themas und des Beweistermins. Man scheint zwar zu behaupten [59]), daß in solchen Fällen das Interlokut nur die Natur des Dekrets

59) Puchta Beiträge zur Gesetzgebung S. 320. Dies ist vorgeschrieben in Nassauischer Prozeßo. §. 95. Nro. 1.

annehmen soll; allein, wenn man dadurch ausdrücken will, daß das Interlokut nicht in Rechtskraft übergehen soll, so ist gewiß die Ansicht nicht zu billigen; es trägt am meisten zur Abkürzung der Prozesse bei, wenn man Ruhepunkte und sichere Grundlagen für das richterliche Urtheil sich sucht, und dies ist der Fall, wenn man die von den Partheien geführten Beweise nur nach dem rechtskräftig gewordenen Beweisinterlokut prüft, und nicht erst nach einigen Monaten ausspricht, daß eigentlich etwas Anderes zu beweisen gewesen wäre. Nach der Natur der förmlichen Wahrheit, welche überall im Civilprozesse entscheidet, ist schon viel gewonnen, wenn nur einmal die Partheien bestimmt wissen, was ihnen zu beweisen obliegt; es versteht sich jedoch, daß nur in so ferne als nach richtiger Meinung im ordentlichen Prozesse [60]) irrelevante Interlokute in Rechtskraft übergehen, dies auch im summarischen der Fall seyn kann.

Die allgemeinen Grundsätze von der peremtorischen Kraft des Beweistermins, von der Nothwendigkeit, den Produkten über die Beweisantretung zu hören [61]), kommen auch hier zur Anwendung; Hauptpflicht des Richters muß aber seyn, die vorgeschlagenen Zeugen in abgekürzten Terminen und zwar auch mündlich vorzuladen; auch hindert nichts, daß sogleich zu dem Instruktionstermin, wenn die Partheien noch gegenwärtig sind, die Zeugen vorgeladen werden, und wenn die Zeugen nahe wohnen, sollte dies die Regel ausmachen; eine Antretung des Zeugenbeweises durch

---

60) Meine Schrift: der gemeine Prozeß II. Thl. S. 135. S. die Literatur der Streitfrage in Linde Lehrbuch S. 302.

61) Gönner Handbuch IV. S. 43.

Beweisartikel ist nicht nothwendig[62]), obwohl sie nicht unzulässig sind[63]).

Die Zulässigkeit von Fragstücken wird zwar von den meisten Juristen und Gesetzgebungen[64]) geläugnet, und wenn man keine Artikel zuläßt, oder wenn keine gestellt wurden, würden Fragstücke auch überflüssig seyn; der Richter kann auch nach gemeinem Rechte den Produkten auffordern, die Punkte, worüber er die Zeugen gleichfalls vernommen zu haben wünscht, zu bezeichnen, und damit wird der Zweck der Fragstücken völlig erreicht; sind zwar Artikel eingereicht, so mag in einem sehr abgekürzten Termine dem Produkten das Recht, Fragstücke abzugeben, gegeben werden; allein eine Nichtigkeit erfolgt nicht, wenn auch der Richter keine Fragstücke verlangte, sobald nur dem Produkten eine Möglichkeit gegeben war, dem Richter die Punkte zu bezeichnen, worüber Zeugenvernehmung Statt finden soll; dem Richter muß übrigens im summarischen Prozesse frei gelassen werden, die Zeugen nach Anleitung der Punkte, welche die Partheien bemerkten, auf das zweckmäßigste zu vernehmen. — Alle diese Maaßregeln sind zwar immer nur halbe, und nur dann wird der Zeugenbeweis ganz seinem Zwecke entsprechen, wenn in Gegenwart der Partheien die Vernehmnng geschieht[65]).

---

62) Gönner Handb. IV. S. 43. Pratobevera Materialien VII. S. 354. Anhalt. Gesetz §. 6. Nro. 3.

63) Die Clem. 2 de V. S. spricht sogar dafür, daß Beweisartikel nothwendig seyen. Claproth summar. Proz. S. 30.

64) Von den Neueren s. Weimar. Ges. v. 1817 §. 54.

65) Meinen Aufsatz im Archiv für Civilpraxis V. Band S. 202. Puchta Beitr. zur Gesetzgebung S 179. Siehe jedoch Gründe dagegen in Pratobevera Materialien VII. S. 321.

Man hat noch vorgeschlagen[66] und einige neue Gesetzgebungen haben beigestimmt[67], daß in geringfügigen Sachen die Zeugen nicht beeidigt, sondern nur auf Handgelübd vernommen werden sollen; und gewiß kann dafür viel gesagt werden, wenn man berücksichtigt, daß durch die Vervielfältigung der Eide das Ansehen derselben sehr geschwächt wird, und die geringe Summe im summarischen Prozesse in keinem Verhältnisse mit der Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides steht; allein gemeinrechtlich kann das Zeugniß des unbeeidigten Zeugen durchaus nicht genügen[68], und selbst eine neue Gesetzgebung[69] muß wohl berücksichtigen, ob nicht das Experiment mit dem Handgelübd gefährlich wird, weil besorgt werden muß, daß die Zeugen, welche wissen, daß nur dann wenn Eid verlangt wird, der Staat volle Wahrheit fordere, sich leicht überreden, daß auf eine unbeschworne Aussage nicht soviel ankomme.

In Bezug auf die Zahl der Zeugen hat zwar die Clementine dem Richter vorgeschrieben, testium superfluam multitudinem abzuschneiden; allein die Ausführung dieser Vorschrift hat doch manche

---

66) Puchta Beiträge S. 324.

67) Nassau. Prozeßo. §. 97 begnügt sich mit Handgelübd bei Sachen unter 20 fl. Der baier. Entw. §. 731 bei Sachen unter 10 fl. Auch schon der baier. Cod. Jud. v. 1753 cap. X. §. 3 verlangte bei Sachen unter 50 fl. keinen Eid, sondern nur Handgelübd.

68) Berger elect. proc. §. 28. Boehmer diss. de usu possess. ordin. et sumar. cap. III. §. 10. Giesebert pericul. statut. p. 260. Claproth sum. Prozeß S. 31.

69) Die meisten fordern auch im summar. Prozeß den Eid. Weimar. Ges. §. 51. Hannöv. Vero. für Bentheim §. 5. Anhalt. Ges. §. 6. Nro. 2.

Schwierigkeiten; wenn der Producent z. B. sechs Zeugen vorschlägt, soll der Richter daraus zwei auswählen, dieselben verhören und die anderen gar nicht vernehmen [70])? allein woher weiß der Richter, welche Zeugen er wählen soll? kommen nicht Fälle vor, wo der Producent nicht ganz sicher ist, welche Zeugen gehörig und klar aussagen werden, welche sich z. B. bei alten Sachen noch am besten des Vorgangs erinnern? hier schlägt er lieber mehrere vor; und wenn nun die zwei vom Richter ausgewählten Zeugen eben nicht die passendsten sind, und andere nach Laune des Richters verworfenen besser ausgesagt hätten, ist da nicht dem Richter billig von dem Producenten ein Vorwurf zu machen? Nur da also, wo wegen offenbar irrelevanter Punkte Zeugen vorgeschlagen sind, soll er nach der richtigen Meinung der Clementine diese Zeugen sogleich verwerfen.

Mit Unrecht hat man auch vorgeschlagen [71]), daß im summarischen Prozesse die Vernehmung eines Zeugen genügen soll; in so ferne von der Ergänzung des Beweises durch Erfüllungseid die Rede ist, genügt ohnehin ein Zeuge; soll aber auch damit gemeint seyn, daß ein Zeuge ohne weiteren Eid der Parthei hinreiche, so kann ohnehin im gemeinen Prozesse, wo kein Gesetz oder Gerichtsgebrauch für eine solche Meinung anzuführen ist, dies nicht angenommen werden; aber auch einer neuen Gesetzgebung ist dies nicht zu empfehlen.

Da die Partheien das Recht haben, daß die Gründe der Gewißheit auch bei einer Sache von 49 fl. ebenso sorgfältig berücksichtigt werden, als bei dem Streite über 51 fl., da auch der Satz, daß

---

70) Dies scheint Claproth summar. Proz. S. 31 zu wollen.

71) Puchta Beiträge S. 321.

zwei Zeugen nothwendig sind, nicht eine bloße Formalität enthält, sondern aus dem Wesen der Beweiskraft hervorgeht, indem nur die Harmonie der Aussagen von zwei von einander unabhängigen Personen, durch die wechselseitige Ergänzung eine Sicherheit geben kann [72]).

Ein Zeugenrotul, der ohnehin schon im ordentlichen Prozesse keinen Nutzen hat [73]), ist im summarischen Prozeß völlig überflüssig [74]); die Aussagen werden sogleich im Termine den erschienenen Partheien mitgetheilt. Salvations- und Impugnationsschriften werden nicht zugelassen [75]); was die Partheien zur Rechtfertigung oder Widerlegung geführter Beweise vorzubringen haben, können sie im Termine dem Richter vortragen oder zu Protokoll geben [76]), nur muß immer dafür gesorgt werden, daß die Partheien den Inhalt der Aussagen erfahren, um, wenn sie wollen, ihre Erinnerungen im Termine dagegen machen zu können, und nur dann, wenn

---

72) Pratobevera VII. S. 254.

73) Mein Aufsatz im Archiv V. S. 207.

74) Gönner IV. S. 44 will zwar dann einen Zeugenrotul angewendet wissen; allein die Praxis im gem. sumar. Prozesse fordert keinen Rotul. Schott S. 33. Claproth sum. Proz. S. 31 Nro. 25. Neue Gesetze gestatten ihn auch wohl. Weimar. Ges. §. 55. Anhalt. Ges. §. 6 Nro. 3.

75) Gail observ. 1 obs. 6 Nro. 4. Baier. Jud. Cod. cap. 10. §. 3. Claproth S. 31 Nro. 25. Auch neue Gesetze stimmen damit überein. Weimar. §. 51. Anhalt. Ges. §. 6 Nro. 4. Die Nassau. Prozeßo. §. 95 Nro. 9 gestattet jedoch solche Schriften.

76) Ausnahmsweise lassen diese Schriften zu. Gönner Handb. IV. S. 45. S. noch über die Ansichten der älteren Praxis Giesebert pericul. statut. p. 350.

gegen die Personen der Zeugen gar nichts eingewendet wurde, so daß die Beweisausführungen nur Versuche enthalten, dem Richter zu zeigen, wie der Beweis gelungen oder mißlungen ist, möchte der Richter befugt seyn, sogleich nach der Zeugenvernehmung das Urtheil zu fällen, weil die Partheien dann nichts weiter vortragen können, als was der Richter selbst nach seiner Reflexion schon weiß; daher sollte auch darauf gedrungen werden, daß die Partheien vor der Vernehmung der Zeugen ihre etwaigen Einreden gegen die Zeugen abgeben müssen.

In Bezug auf den Eid ist es eine in den Landesgesetzgebungen häufig vorkommende Vorschrift [77]), daß die Gewissensvertretung nicht Statt finden soll, und schon früh hat man die Ansicht gehabt [78]), daß diese ohnehin den Gesetzen fremde Gewissensvertretung nur ein Mittel der Chikane und Prozeßverzögerung sey; es läßt sich auch nicht läugnen, daß in der Mehrzahl der Fälle [79]) das Mittel nur als Verzögerungsmittel gebraucht wird, um so leichter, als nach der gemeinrechtlichen Theorie der Delat, welcher zur Gewissensvertretung greift, immer noch, im Falle des Mißlingens des Beweises, über den Eid sich erklären und den Eid ableisten oder zurückschieben kann, so daß nach monatelanger Zögerung das eintritt, was schon einige Monate früher hätte

77) Schon im sächsischen Mandat v. 1753. §. 10. Altenburg. Prozeßo. Th. II. Tit. 1. §. 11. Weimar. §. 58. Anhaltisches Ges. §. 2. Nro. 8.

78) Thomasius de emendand. quibusdam litium protract. in materia juram. §. 13. Gribner de probationum, quae jurisiurandi declin. causa suscipiuntur, ambag. §. 1.

79) Der französ. Prozeß kennt das Mittel nicht. S. Brauer Erläuterungen über das badische Landr. III. S. 272.

geschehen können; auch ist die ratio der Gewissensvertretung, unnöthige Eide zu vermeiden, mehr nur auf dem Papiere als im Leben, denn häufig kömmt es doch wieder, nach mißlungener Beweise der Gewissensvertretung, zum Eide [80]. Die Rücksicht auf die Zartheit des Gewissens des Delaten, dem es erlaubt seyn soll, statt des Eides einen anderen Beweis zu führen, ist nicht erheblich, weil man annehmen darf, daß, wenn der Delat den Satz, welchen er beschwören soll, beweisen kann, er auch denselben beschwören kann, und, wenn der Deferent durch Eideszuschiebung sein Vertrauen auf die Moralität des Gegners aussprach, und häufig die Eidesdelation in der Absicht braucht, um schnell den Streit zu Ende zu führen, so ist nichts billiger, als daß der Delat Vertrauen mit Vertrauen lohne, und sich ungesäumt zu erklären angehalten werde, ob er selbst schwören oder den Eid zurückschieben wolle. Allerdings giebt es Fälle, in welchen eine Art von Gewissensvertretung erlaubt seyn soll, nämlich wo der Delat die Eideszuschiebung deswegen ablehnt, weil er sich auf schleunig liquide Beweismittel z. B. vollbeweisende Urkunde oder gerichtliches Geständniß berufen kann, welche zeigen, daß das, was der Delat beschwören soll, ohnehin schon erwiesen sey. Verschieden davon ist der Fall, wo der Delat, die Maske eines zarten Gewissens und übertriebener Religiosität vornehmend, erklärt, daß er zuerst noch den Versuch machen wolle, ob er nicht auf andere weitaussehende Art beweisen könne, jedoch die Erklärung über den Eid sich noch vor-

80) Schon ein sächs. Mandat v. 7. März 1716, das in Injuriensachen keine Gewissensvertretung zuläßt, giebt diesen Grund an.

behält. Alle diese Gründe aber können nur für eine neue Gesetzgebung entscheiden, im gemeinen Prozesse aber ist nicht zu zweifeln, daß auch im summarischen Prozesse die Gewissensvertretung zulässig seyn muß, weil es zu den überhaupt durch die Praxis erlaubten Mitteln gehört, und im summarischen Prozeß keine Abweichung eintreten darf, für die sich nicht ein Gesetz oder der Gerichtsgebrauch anführen läßt.

Ein Actenschluß ist im summarischen Prozeß nicht nothwendig [81]); auch können Urtheile ohne förmliche Publikation [82]) den Partheien insinuirt werden; die Grundsätze von Rechtskraft, und den erlaubten ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln sind aber im summar. Prozeß [83]) so lange anwendbar, als nicht ein Gesetz eine Abweichung ausspricht. Ueber die zweckmäßigste Art der Verhandlung der Rechtsmittel und der Vollstreckung ist schon früher gesprochen worden.

V.

Der deutsche Executivproceß.

Der in dem gemeinen deutschen Prozesse bekannte Executivprozeß, bei welchem der Kläger, welcher seinen Anspruch auf fehlerfreie sogleich mit der

---

81) Maranta de ordin. judic. p. 195.

82) S. aber Gönner Handb. IV. S. 146.

83) Ueber die Beschränkung der Appellation s. meine Schrift: der gemeine d. Prozeß 3. Heft S. 23.

Klagschrift vorgelegte Urkunden gründen kann, die Verurtheilung seines Gegners schleunig bewirken kann, wenn derselbe nicht die Unrichtigkeit der jenseitigen Urkunde sogleich eidlich erhärtet oder gegründete Einreden durch Urkunden beweisen kann, ist blos aus dem deutschen Gerichtsgebrauche entstanden, und zwar aus einer bekannten Ansicht des Mittelalters, daß wegen klarer Schuldsachen kein weitläufiger Prozeß Statt finde und sogleich der Richter das Urtheil spreche und vollziehe [1]); in diesem Sinne konnte man im römischen Rechte einen schleunigen Prozeß wegen liquider Schuldsachen angeordnet finden [2]) und in dem alt deutschen Dwernachtsprozeß [3]) lag schon eine sichere Spur des Executivprozesses. Noch zuverlässiger kann diese Prozeßart aus dem alten Pfandungsrechte [4]) der Deutschen abgeleitet werden. Ein altes Herkommen gestattete dem, welcher kuntliche und unlogenbare Schuld von einem anderen vermöge Briefe (Schuldurkunden) zu fordern hat, zu pfänden [5]), und noch häufiger wurde dies, wenn der Gläubiger zu seiner Sicherheit das Pfandungsrecht durch die

1) Magdeburg. Weichbild. Art. 46.

2) In l. 6. Cod. Theodos. de denunt.

3) Dortmunder Statuten in Dreyers Nebenstunden S. 425. Statuten v. Riga in Pufendorf. obs. tom. III. p. 261. im Anhang. Verdens. stat. in Pufendorf. obs. I. p. 95 Anhang. Bodmann in Siebenkees Magazin für deutsches Recht I. Band S. 291.

4) Kopp. spec. de jure pignor. convent. §. 17. Kopp Nachrichten v. d. geistl. u. weltl. Gerichten in Hessen I. S. 490.

5) Landfrieden v. 1379 in Datt de pace publica lib. I. c. 16. Nro. 100. Reformation Friedrichs v. 1442 in Neuer Saml. der Reichsabschiede I. S. 171.

damals üblichen Clauseln sich ausbedungen hatte [6]. Als nun durch Einführung des römischen Rechts, durch Ausbildung eines von den geistlichen Gerichten des Mittelalters entlehnten schriftlichen Verfahrens die Ueberzeugung sich ergab, daß durch dies weitläufige Verfahren nicht genugsam dem Bedürfnisse in klaren Schuldsachen abgeholfen sei, während seit Aufhebung des ehemaligen Pfändungsrechts dem Gläubiger das Mittel geraubt war, schnell zu seinem Rechte zu gelangen, bildete sich die Ansicht aus, daß der Kläger wegen kundiger verbriefter Schulden sich sogleich an das Gericht mit dem Gesuche um Execution wende, und der Richter gab um so leichter jetzt das gerichtlich, was ehemals der Gläubiger aussergerichtlich zu thun befugt war. Die Landesgesetze des sechszehnten Jahrhunderts bestätigten den Gebrauch, daß in liquiden Schuldforderungen kein Prozeß gestattet oder schleunige Rechtshülfe gewährt werde [7], und der Namen: Executivprozeß war consequent, da man sogleich zur Execution schritt, oder wenigstens zu schreiten schien. Die gemeinrechtliche Praxis fand in einigen Reichsgesetzen [8], welche freilich nur das Verfahren als bekannt voraussetzen, ohne es näher zu normiren, einen Grund zur Anwendung der besonderen

---

6) Rumpf de nonnull. convent. german. accessor. §. 44.

7) Die merkwürdigsten sind: Baierische Erklärte Landesfreiheit p. 1. Art. 8. Baier. Gerichtsordn. v. 1518. Tit. VII. Art. 7. Hennberger Landeso. v. 1539. Bach II. Tit. VIII. cap. 1. Bremische Verordn. v. 1. Dez. 1580. Meklenburg. Canzleiordn. v. 1573. (V. Kamptz Beitr. V. S. 337.)

8) R. Deput. Absch. v. 1600. §. 32. Instr. pacis. Osnabr. Art. IV. §. 47. J. R. Absch. §. 174.

Prozeßart, die allmählig durch Landesgesetze [9]) mehr anerkannt wurde.

Die Zweckmäßigkeit und Nothwendigkeit dieser Prozeßart ist zwar von manchen Juristen bezweifelt worden, und die Autorität des französischen Prozesses, dem die Prozeßart fremd ist, kann vielleicht angeführt werden, auch können alle Gründe, aus welchen man die Zulässigkeit nicht erschöpfender Prozeßarten bestreitet [10]), auch auf den Executivproceß, der bekanntlich das Verfahren nicht erschöpft, angewendet werden, und die Zeugnisse, welche die Praktiker über die lange Dauer der Executivprozesse geben [11]), scheinen nicht geeignet, ein günstiges Vorurtheil für diese Prozeßart zu erwecken. Es ist richtig, daß häufig nur der Kläger im Executivprozesse sich selbst täuscht, wenn er durch ein günstiges Urtheil, das er in dieser Prozeßart sich erstritt, etwas gewonnen zu haben meint; denn da jeder Einrede altioris in daginis ad separatum gewiesen werden muß, so kann man dem besiegten Beklagten nicht zumuthen, daß er sogleich die Execution des Urtheils sich gefallen lasse, er wird daher nur gegen

---

9) Baier. Cod. Judic. v. 1753. cap. III. §. 3. Nro. 5. Alte sächs. Prozeßo. Tit. XXIV. §. 3. Erl. Prozeßo. Tit. VI. §. 3. Altenburg. u. Gothaische Prozeßo. p. II. cap. II. V. Kamptz Meklenburg. Civilproz. S. 256. Hanauische Gerichtso. v. 1764. Tit. 39.

10) Vorst Grundlinien S. 82.

11) So z. B. führt v. Miller in der kritischen Beleuchtung der v. Feuerbachischen Grundsätze S. 115 einen Executivprozeß an, der v. 1810 bis 1816 dauerte, fünfzehn richterliche Urtheile zur Folge hatte, ohne daß es in der Hauptsache weiter kam, als ob der Wiederbeklagte vor der Antwort auf die Wiederklage den Calumnieneid leisten sollte.

Caution bezahlen, und der Prozeß beginnt jetzt wegen der ad separatum gewiesenen Punkte von vorne, so daß der Kläger zwei Prozesse, den Executivproceß und den nachfolgenden ordentlichen Prozeß durchstreiten muß; daher der Sieg im ersten Prozesse nur ein scheinbarer ist, weil alle Punkte, über die man flüchtig hinwegeilte, z. B. Legitimation zur Sache ꝛc. ꝛc., in der Folge doch wieder Gegenstände des Streits sind: Es wagt selbst der Kläger nicht selten da, wenn er die Urkunde producirt und der Beklagte eidlich sich losschwört, dem Kläger kein sonst zulässiges Mittel, durch Schriftenvergleichung oder Zeugen zu beweisen, zu Gebote steht. Allein ungeachtet dieser Bedenklichkeit möchte es doch nicht zu empfehlen seyn, wenn eine neue Gesetzgebung den Executivprozeß ganz verbannte; es ist zwar richtig, daß die Nothwendigkeit der Prozeßart theils von der Gerichtsorganisation eines Landes, theils von der Ansicht abhängt, mit welcher die Gesetzgebung den Mandatsproceß aufnimmt. Da, wo in einem Lande das Notariat als ein eigenes Institut in der Art besteht, daß alle Notariatsurkunden die nämliche Kraft haben, wie jedes rechtskräftige Urtheil, so daß auf bloßes Vorzeigen der Urkunde der Gerichtsvollzieher oder das Gericht die Vollstreckung eintreten lassen muß, wie dies in Frankreich der Fall ist, bedarf es freilich keines Executivprocesses, der durch die Kraft notarieller Urkunden hinreichend surrogirt ist, obwohl für Privaturkunden keine schleunige Prozeßart in Frankreich gegeben ist [12]).

12) Daher kennt auch der Code de Géneve keinen Executivprozeß, weil im Art. 368 gesagt ist: Les actes passés devant les notaires du Canton seront assimilés quant à l'exécution forcée aux jugemens en dernier ressort.

Eben so richtig ist es, daß da, wo der Mandatsproceß so weit ausgedehnt ist, daß er wegen aller liquiden Schuldforderungen auf den Grund von Urkunden impetrirt werden kann, der Executivprozeß überflüssig ist; allein nach dem deutschen Prozesse ist dies nicht der Fall, und nur auf den Grund öffentlicher Urkunden findet Mandatsprozeß statt; daher derjenige, welcher durch eine Privaturkunde die Schuld des Gegners darthun kann, keinen Mandatsprozeß hat, und so offenbar in der Verfolgung seiner klaren Rechtsansprüche sehr beeinträchtigt wäre. Alle Gründe, aus welchen der Wechselprozeß nothwendig ist, sprechen auch für die Nothwendigkeit des Executivprozesses, und von Gönner [13]) hat mit Recht bemerkt, daß der Executivprozeß für den stillen Verkehr des bürgerlichen Lebens das gewähren muß, was für den Handelsverkehr der Wechselprozeß leistet. Wer möchte von dem Kredit eines Landes sprechen, in welchem auch der vorsichtigste Gläubiger, der sich die Handschrift seines Schuldners ausstellen ließ, alle Schlangenwindungen des ordentlichen Prozesses durchmachen müßte, um nach vielen Jahren mit großen Kosten zu seinem Gelde wieder zu gelangen? Nicht das Recht auf dem Papiere, sondern das im Leben hat einen Werth für den Bürger, und je schneller die Vollstreckung auf die Klage folgt, desto mehr Werth haben Schuldverschreibungen, desto leichter erhält der geldbedürftige Bürger Kredit, weil der Gläubiger eben so sicher ist, als der Wechselinhaber es seyn kann. Die lange Dauer einzelner Executivprozesse ist nur die Folge einer schwankenden oder entarteten Praxis,

---

13) In den Motiven zum Prozeßgesetzbuche S. 705.

welche, weil sie den Executivprozeß auf zu viele Fälle ausgedehnt hatte, durch schonende Nachsicht gegen den Beklagten wieder gut machen wollte, was sie durch voreilige Zulassung des Executivprozesses verdorben hatte. Wird diese Prozeßart gehörig eingeschränkt, so wird die Einfachheit der Fälle, in welchen sie eintritt, die Besorgnisse muthwilliger Verzögerungen leicht beseitigen; in einfachen Schuldklagen kommen nicht zu viele Punkte vor, die man ad separatum weisen muß; ist dann der Richter nicht pedantisch, und gestattet er lieber die Verhandlung eines Punkts von dessen Nothwendigkeit der Richter sich überzeugt, beobachtet das Gesetz bei der Execution der Urtheile die Rücksicht, daß der Sieger, durch Hinterlegung des vom Beklagten zu Leistenden hinreichend cavirt zu haben, angenommen wird, so werden die Einwendungen gegen den Executivprozeß leicht beseitigt werden können, und die neuen Gesetzgebungen, die preußische [14]) anhaltische [15]) oldenburgische [16]) baierische [17]), haben daher mit Recht diese Prozeßart beibehalten.

Aber auch mit der Gerichtsorganisation hängt der Executivprozeß zusammen, und es ist in neuerer Zeit Gegenstand eines Streites geworden, ob auch in einem Lande, in welchem der ordentliche Prozeß an die Collegialgerichte gewiesen ist, und Einzeln- oder Friedensrichter nur die einfachen Fälle zu entscheiden haben, der Executivprozeß an die Einzelngerichte zur Verhandlung und Entscheidung

---

14) Preuß. Gerichtso. Tit. 28.

15) Anhaltische Prozeßo. v. 1822. Anhang v. den summar. Processen cap. II.

16) Prozeßordnung v. 1824. §. 9. 10.

17) Entwurf v. 1825. §. 785 — 804.

gewiesen werden soll; der Verfasser dieser Bemerkungen [18]) hat sich dagegen erklärt; der baierische Entwurf im Art. 788 erkennt nur die zuständigen Einzelnrichter für kompetent, und Puchta [19]) hat diese Ansicht zu rechtfertigen gesucht, und für die Partheien, denen es erwünscht seyn muß, an den ihnen naheliegenden Richter sich wenden zu können, mag allerdings diese Einrichtung zweckmäßig seyn, die jedoch nur dann unbedenklich wird, wenn nur in den einfachsten Fällen, von deren Natur näher zu sprechen ist, der Executivprozeß zugelassen wird.

I. In Bezug auf die Fälle, in welchen der Prozeß eintreten soll, wenn man erwägt, daß nach älterer deutscher Ansicht nur wegen Geldschulden und wegen ständiger Gefälle, seyen es grundherrliche oder allodiale Zinsen und Gülten (d. h. Grundzinsen in Naturalien) der schnelle Prozeß gestattet war, daß auch der J. R. A. §. 174 nur von der Vorzeigung der Obligation und von Geld-Zinsen spricht, daß die Landesgesetze des sechzehnten Jahrhunderts nur von Schuldforderungen reden, daß auch die ratio der Einführung dieser Prozeßart, die Begünstigung des Kredits nur bei Klagen wegen Darlehen anwendbar ist, so sollte man nur bei solchen Forderungen, die auf bestimmte dargeliehene Geldsummen sich beziehen, diese Prozeßart zulassen, und nicht mit Unrecht würde man die Forderungen von bestimmten Quantitäten fungibler Sachen gleichstellen, weil unter Landleuten solche Darlehen von Naturalien häufig vorkommen und die nämliche Begünstigung verdienen, und der Grund- oder Zinsherr, welcher den verfallenen Census, wo dies

---

18) Im Archiv für Civilpraxis VII. S. 400.

19) Ueber die bürgerliche Rechtspflege S. 379.

Recht selbst nicht bestritten ist, einklagt, ist ebenso dem Gläubiger, der aus einem Darlehen einklagt, gleichzustellen. Eine Ausdehnung der Prozeßart entsteht aber dann, wenn man mehr den Gesichtspunkt des durch eine Urkunde sogleich liquid zu machenden Anspruchs hervorhebt, und auf die Art wie der Mandatsprozeß auf jede öffentliche Urkunde gebaut werden kann, auch den Executivprozeß so oft eintreten läßt, als der Kläger für seinen Anspruch eine Privaturkunde vorlegen kann, die, sobald sie vom Gegner anerkannt ist, ebenso viel Werth hat, als eine öffentliche Urkunde. Diesen Weg hat auch die deutsche Praxis über alle Gebühr erweitert [20], und man läßt daher häufig selbst die hypothekarische Klage [21] gegen den dritten Besitzer, und die Klage gegen den Testamentserben auf Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aus dem Testamente zu, sobald nur das Faktum der Erbschaftsantretung durch Urkunden zu erweisen ist [22]. Allein man raubt gewiß durch solche Ausdehnung dem Executivprocesse seinen Werth, denn nur unter der Voraussetzung der Einfachheit des eingeklagten Rechtsverhältnisses, welches vollständig aus einer Urkunde ersichtlich ist, und seiner Natur nach keine Einreden des Beklagten, oder aus dem Wesen des Verhältnisses hervorgehende Gegenansprüche vermuthen läßt, wo zugleich auch der Gegenstand der Klage

---

20) So nimmt Kori über den Executivproz. S. 8. an, daß auch rei vindicatio, actio negatoria, actio depositi, Executivklage begründen können.

21) Kind quaest. III. qu. 20.

22) Fischer num legatarius haeredem ex testam. proc. execut. conven. queat. Vit. 1783. Kind quaest. I. qu. 51. Kori über den Executivprozeß S. 67.

fest bestimmt ist, rechtfertigt sich die Anwendung dieser Prozeßart; daher haben gewiß diejenigen Juristen Recht [23]), welche nur aus einseitigen Verträgen den Executivprozeß zulassen wollen, und die neuen Gesetzgebungen [24]), welche diese Beschränkung aussprechen, verdienen volle Billigung. Bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen muß immer besorgt werden, daß der Beklagte die Einrede der Nichterfüllung von Seite des Klägers, und Gegenforderungen, die aus dem Vertrage selbst hervorgehen, entgegenstelle. Wenn man zwar behauptet [25]), daß wenn der Kläger die geschehene Erfüllung von seiner Seite durch Urkunden darthut, dem Executivprozeß bei Klagen aus zweiseitigen Verträgen nichts im Wege stehe, so kann man doch dieser Ansicht nicht beistimmen, da bei manchen zweiseitigen Verträgen, z. B. bei Pacht, der Kläger die Erfüllung durch Urkunden nicht leicht erweisen kann, indem es hier z. B. darauf ankömmt, ob die Wirthschaftsgebäude im ordnungsmäßigen Stande waren, ob der Verpächter die im Vertrage bedungene Ausreutung der Gebüsche vorgenommen hat; es kömmt aber auch selten ein Pachtvertrag vor, in welchem nicht der Pächter, z. B. wegen Entschädigung, wegen gemachter Auslagen, wegen contraktmäßig bedungenen Nachlasses, Gegenforderungen zu machen hat, und selbst bei dem Kaufe macht die exceptio non rite adimpleti contractus das Rechtsverhältniß verwickelt. — Eine Erwägung verdient es, ob nicht der Executiv-

23) Heffter Institutionen S. 434.

24) Schon Preuß. Gerichtso. Tit. XXVIII. §. 1. Anhalt. Prozeßordn. von 1822. Anhang von d. summar. Proz. cap. II. §. 1. 2. Baier. Entw. §. 785.

25) Kori l. c. S. 7. S. noch Martin Lehrbuch §. 239. Not. b.

prozeß aus zweiseitigen Verträgen dann zu gestatten ist [26]), wenn jemand aller Einreden sich begiebt und ausdrücklich dem Executivprozesse sich so unterwirft, daß der Schuldner sich mit allen im Executivprozesse nicht zulässigen Einreden ad separatum verweisen lassen will. Die Consequenz der altdeutschen Ansicht, nach welcher die Parthei mit verschiedenen Clauseln der strengsten Execution sich unterwarf, woraus der Executiv- und Mandatsprozeß entstanden, führt zur Rechtfertigung dieser Ansicht, bei welcher nur der Richter strenge darüber wachen muß, daß nicht aus unzeitiger Billigkeit doch wieder weitausstehende Einreden zugelassen werden.

II. Zu den Urkunden die den Executivprozeß begründen können, gehören nur solche, aus welchen der Grund der Forderung [27]), die Quantität, die Zahlungszeit, die Zeit der Ausstellung, der Namen des Gläubigers und des Schuldners ersichtlich sind [28]). Wenn die Landesgesetze [29]) von klaren Brief und Siegel (instrumenta guarentigiata [30]) sprechen, so bezieht sich dies auf jene Zeit, in welcher die

26) Dies ist ausgesprochen in Oldenburg. Prozeßo. v. 1824. §. 10. und in einem Anhaltischen Gesetze v. 10. Juny 1824 abgedruckt im Archiv für Civilpraxis VII. S. 428.

27) Da in Wechseln nach deutschem Wechselrechte (anders im französischen) die Angabe, valuta empfangen, genügt und auch aus Wechseln Executivprozeß Statt findet, so muß hier eine Ausnahme gemacht werden.

28) Es dürfen auch mehrere Urkunden seyn, durch welche zusammen diese Umstände erwiesen werden. Gensler Com. zu Martins Lehrbuch II. Thl. S. 67.

29) Sächs. Prozeßo. Tit. VI. §. 3. Baier. Cod. Jud. cap. III. §. 3.

30) Ueber die Ableitung des Worts Kori v. Executivproz. S. 9.

Urkunde ihre beweisende Kraft erst durch das beigedruckte Siegel erhielt; im heutigen Sinne [31]) genügt jede Urkunde, die entweder als öffentliche voll beweist, oder als Privaturkunde von der Art ist, daß sie der Gegner anzuerkennen oder sich über die Rekognition zu erklären schuldig ist, und daß, sobald die Anerkennung geschehen ist, der ganze Inhalt der Klage durch die Urkunde erwiesen erscheint. So oft der Beklagte nach den Grundsätzen vom Urkundenbeweise auf eine vorgelegte Urkunde sich zu erklären nicht schuldig ist, z. B. weil sie bloßer Auszug aus anderen Urkunden ist [32]), oder weil die Urkunde nur in einer nicht vollbeweisenden Abschrift [33]) vorliegt, tritt auch der Executivprozeß nicht ein, weil hier erst ein Vorverfahren über die Nothwendigkeit der Rekognition Statt finden müßte. Bei Klagen auf ständige Prästationen oder sogenannte Reallasten reichen nur solche Urkunden hin, aus welchen das Recht des Klägers und das Quantum der Forderung sogleich ersichtlich ist; jemehr nun die Urkunde z. B. als Dienst-Zinsregister [34]) oder als Salbuch nur den Character einseitiger Aufzeichnung von Seite des Klägers an sich trägt, desto weniger kann der Executivprozeß eintreten, da eine volle

---

31) Auf das Daseyn des Siegels kömmt daher nichts mehr an. Claproth summar. Proz. §. 160. Not. i.

32) Kori v. Executivproz. S. 10.

33) Gehörig vidimirte Abschriften reichen daher hin, wenn es nicht auf Urkunden, die z. B. der Vater des Beklagten geschrieben haben soll, ankömmt, und wo der Beklagte über Anerkennung sich nicht erklären kann, wenn er das Original der Handschrift nicht sieht. Wernher observ. suppl. p. II. obs. 355.

34) S. noch Kori S. 68.

Beweiskraft diesen Urkunden nicht beizulegen ist, und der Beklagte nicht rekognitionspflichtig seyn kann; — sobald dagegen die Urkunde eine wechselseitige Convention, oder eine bereits geschehene Anerkennung z. B. durch eigene Handschrift des jetzigen Beklagten enthält, findet der Executivprozeß Statt. Die bloße Anerkennung von Seite des Vorgängers des jetzigen Beklagten wird dazu nicht hinreichen, weil über die Begründung solcher Reallasten durch Vertrag Streit entsteht.

III. Da nur der Urkundenbeweis den Executivprozeß begründen kann, so muß auch jeder Punkt der Klage, durch welchen dargethan wird, daß die Klage dem jetzigen Kläger gegen den jetzigen Beklagten schon zur Zeit zustehe, durch Urkunden erwiesen werden; daher sollte ebenso die Activ- und Passivlegitimation zur Sache, die geschehene Aufkündigung und das Eintreten der Bedingung der Forderung, durch Urkunden dargethan seyn[35]; allein in Bezug auf die Aufkündigung hat die Praxis[36] mit Recht von jeher anerkennt, daß man damit nicht so strenge seyn sollte, weil es den Verhältnissen des bürgerlichen Lebens widerstrebt, für solche Punkte, die gewöhnlich nur mündlich abgethan werden, strenge schriftliche Beweise zu fordern, z. B. wenn ein Freund dem anderen, der am nämlichen Orte wohnt, ein Kapital aufkündigt; daher gestattet man auch die Eidesdelation über die geschehene Aufkündigung, oder ist zufrieden, wenn der Kläger nur erklärt, daß der Richter dem Beklagten soviel Frist geben möge, als die Aufkündigungszeit beträgt, obwohl dies Letzte schwerlich consequent mit der

---

35) Anhalt. Gesetz §. 1. Baier. Entw. §. 787.

36) Claproth §. 161. Kori S. 24.

Ansicht ist, daß eine voreilige Klage zur Zeit abgewiesen werden muß. Die active Legitimation zur Sache muß immer durch Urkunden berichtigt werden, und man ist nicht hart, wenn man dies verlangt [37]), da der Kläger leicht Gerichtszeugnisse über Erbschaftsantretung oder Testamentsauszüge u. A. vorlegen kann; nur bei der Passivlegitimation würde die nämliche Forderung, nur Urkunden beizubringen, sehr drückend seyn, da der Kläger nicht leicht die Beweismittel erhalten kann, welche die speziellen Verhältnisse des Beklagten betreffen, daher man mit Recht Eideszuschiebung, zum Beweise dieses Punktes zuläßt [38]).

IV. Das Princip des Verfahrens liegt darin, daß der allein in dieser Prozeßart zulässige Urkundenbeweis sogleich mit dem ersten Schriftenwechsel verbunden, und der Prozeß mit Verweisung aller anderen Punkte ad separatum nur auf die Entscheidung des eingeklagten Schuldpunktes beschränkt werde. Dies wird erreicht, wenn der Richter überall, wo die Klageschrift nicht die nöthigen Erfordernisse des Executivprocesses an sich trägt, sogleich die gebetene Prozeßart verwirft [39]), im Falle aber, daß die Klageschrift geeignet erscheint, die Schrift dem Beklagten mit Anberaumung eines Termins mittheilt, in welchem der Kläger das Original der Urkunde zu produciren und Beklagter über die Urkunde sich

---

37) Schaumburg princ. lib. II. c. 2. §. 4. Wernher obs. III. obs. 54.

38) Kori S. 32 und Oldenburger Prozeßo. §. 10.

39) Ob der Richter in diesem Falle die Klage als im ordentlichen Prozesse gestellt ad excipiendum mittheilen oder sogleich abweisen soll. S. meinen Aufsatz im Archiv für Civilpraxis V. Band S. 383. Die Oldenb. Prozeßo. §. 10 u. baier. Entw. §. 790 gebieten die Abweisung.

zu erklären hat [40]); es ist höchst tadelnswerth, wenn die Klagschrift zur Abgabe der Exzeptionsschrift vorerst mitgetheilt wird; nur in dem Termine selbst, in welchem die Partheien oder ihre Vertreter erscheinen, ist es dem Richter möglich energisch alle versuchten Ausbeugungen zu beseitigen, was ad separatum zu verweisen ist, zu verfügen und mit Strenge den Beklagten zur deutlichen Erklärung darüber, ob er die Urkunde rekognoscire oder abläugne, anzuhalten. Die Folgen des Ungehorsams einer Parthei können nicht weiter gehen, als der Zweck des angesetzten Termins ging, und der nicht erscheinende Kläger wird daher nur als verzichtend auf Executivprozeß, und der ungehorsame Beklagte als die producirte Urkunde anerkennend betrachtet werden [41]).

V. Je strenger der Richter darüber wacht, daß nicht unzulässige Einreden vorgeschützt werden, desto sicherer wird der Zweck dieser Prozeßart erreicht; nur darf diese Strenge nicht in eine Voreiligkeit ausarten, welche alles Schwierige ad separatum verweist, und Richtigkeitsklagen veranlaßt, indem Punkte unberücksichtigt geblieben sind, welche zu den Grundbestandtheilen eines jeden bürgerlichen Prozesses gehören; daher kann dem Beklagten nie verwehrt seyn, die das Wesen des Prozesses betreffenden Einreden der Incompetenz, der Rekusation, der Legitimation zum Prozesse oder zur Sache, der Unfähigkeit der Parthei vor Gericht zu handeln und selbst des spoliums (nach gemeinem Prozesse) vor-

---

40) Kori S. 35. Anhalt. Prozeßo. §. 4. Baier. §. 789.

41) Danz §. 83. Claproth §. 170. Kori S. 41. Baier. Entw. §. 791.

zubringen, oder die wesentlichen Fehler des Klagschreibens oder der Ladung zu rügen [42]. Ob die Einrede der fehlenden Caution wegen Kosten oder wegen Widerklage Statt finde, ist schon im gemeinen Rechte [43]) bestritten, und ebenso in neuen Gesetzen verschieden entschieden; da kein fester Gerichtsgebrauch gemeinrechtlich besteht, so muß wohl richtiger die Einrede der Caution wegen Kosten zugelassen werden; — für eine neue Gesetzgebung empfiehlt sich aber gewiß die Abschaffung dieser Cautionsforderung, da wegen der präsumtiven Einfachheit dieser Prozeßart die Kosten nur unbedeutend seyn werden. Die Wiederklage wenn sie in continenti liquid gemacht werden kann, hat nach der Mehrzahl der Praktiker auch im Executivprozesse Statt [44]) und dafür spricht auch die Analogie des Wechselprozesses [45]); daher kann wohl auch die cautio pro reconventione, wenn die sofortige Anstellung der Widerklage nicht möglich ist, nicht wohl dem Beklagten abgesprochen werden [46]). Sehr zweckmäßig aber wird es seyn, wenn in allen Fällen, wo dilatorische Einreden vorgebracht werden (mit Ausnahme der gerichtsstandablehnenden und der Einrede des durchaus fehlerhaften Klaglibells) der Be-

---

42) Danz §. 83. Kori S. 43. Anhaltisches Gesetz §. 6. Baier. Entw. §. 792.

43) Kori v. Executivproz. S. 63. Die Anhaltische Prozeßo. cap. II. §. 6. schließt diese Einrede aus.

44) Wernher obs. tom. I. p. V. obs. 214. Cramer Wetzlar. Nebenstunden Thl. 101. S. 145.

45) Scherer Wechselproceß S. 246.

46) Eine besondere Art der Einrede ist hier die, daß die Prozeßart nicht zulässig ist oder daß sie nicht gehörig begründet worden.

klagte (nach Analogie der eventuellen Litiscontestation) zur eventuellen Recognition der Urkunde angehalten wird [47]).

In Bezug auf peremtorische Einreden geht man häufig zu weit, und bewirkt durch voreiliges Verweisen der Einreden ad separatum, daß regelmäßig auf die Executivklage eine ordentliche Nachklage eintritt, so daß dem Kläger wenig geholfen ist; man verletzt aber auch das rechtliche Verhältniß zwischen Klage und Einrede [48]), wenn man dem Beklagten zumuthet auf Klagen sich einzulassen, die juristisch durch Einreden schon elidirt waren [49]); daher soll jede Art von Einreden zugelassen werden, allein nach der Gleichheit der Rechte der Partheien, nur dann wenn sie sogleich klar zu machen ist, und zwar in der Regel durch Urkunden, die ebenso beschaffen seyn müssen, wie die Urkunden, auf welche der Kläger seinen Executivprozeß gründen darf; nach der Art der Entstehung und nach dem durch die Praxis so sehr ausgedehnten Begriffe der Einreden aber würde man ungerecht werden, wenn man alle nicht sogleich durch Urkunden [50]) erweislichen Einreden ad separatum verweisen wollte. So oft daher Einreden entgegengestellt werden, welche, obwohl sie den Namen Einreden haben, doch eigentlich nur den faktischen Klagegrund ganz oder theilweise läugnen, oder den Rechtsgrund bestreiten, so daß die Be-

---

47) Anhalt. Prozeßo. §. 6.

48) L. 112. D. de reg. jur.

49) S. auch Heffter S. 436.

50) Es reicht auch nicht zu, wenn der Beklagte durch Urkunden beweisen will, die er noch nicht besitzt, und wo erst Editionsstreit Statt finden müßte. Danz summ. Proz. §. 84. Not. f.

weislast den Kläger trifft, ist die Einrede zulässig [51]); nicht weniger gelten alle Einreden, bei welchen es, weil über das Faktische derselben kein Streit mehr obwaltet, nur auf Rechtspunkte und auf Auslegung der Gesetze ankömmt [52]). In Bezug auf die Frage: ob nicht der Beklagte seine Einreden durch Eideszuschiebung klar machen darf, obwohl zwar viele Juristen [53]) dies Beweismittel im Executivprozesse nicht zulassen wollen, möchte doch die Praxis derjenigen [54]), welche Eidesdelation zum Beweise der Einreden gestatten, wenn der Beklagte sogleich den Eid zuschiebt, am meisten zu billigen seyn. Wenn man erwägt, daß dem Beklagten bei vielen Aufhebungsgründen der Verbindlichkeiten z. B. der Zahlung des Nachlasses u. A., es schwierig wird, eine Urkunde zu produciren, daß auch die Urkunden über Aufhebungsarten nicht so sorgfältig aufbewahrt werden [55]) und daß die Eideszuschiebung in einfachen

---

51) Daher ist es auch die exc. non numeratae pecuniae unter Umständen, wo sie als negative Litiscontestation gelten kann. Gönner Handb. IV. Nro. 77. Gottschalk disc. for. III. c. 26. Martin Lehrbuch §. 240. Not. m. Gensler Commentar zu Martin I. Thl. S. 73.

52) Z. B. exc. Sc. Macedoniani oder praescriptionis, auch nach Umständen exc. nullitatis. Daher fordert baier. Entw. §. 797, daß die Einrede entweder offenbar gegründet sey, oder durch klare Brief u. Siegel bewiesen.

53) Danz §. 84 noch v. Grolmann §. 243. Auch der baier. Entw. gestattet das Mittel nicht.

54) Hagemann pract. Erört. VII. S. 20. f. Glück Com. XVII. S. 287.

55) Wer wird alle Quittungen seit 20 Jahren aufbewahren? Der Inhaber von Urkunden dagegen, aus welchen er Klagen ableiten kann, ist wohl ängstlicher in der Aufbewahrung.

Fällen, wo kein Streit über die Eidesformel vorkommt, ein schleuniges Beweismittel ist, sobald man nur die Gewissensvertretung durch Beweis entfernt, so möchte für die Eideszuschiebung viel gesagt werden können. — Die Einrede der Fälschung [56]) muß zugelassen werden in so ferne der Beklagte bereit ist, den Diffesionseid zu leisten, oder Umstände angiebt, welche sogleich die criminelle Untersuchung begründen. Wenn der Beklagte Einreden vorschützt, so muß auch darüber in einer Tagfarth mündlich verhandelt, und Kläger zur Rekognition der vorgelegten Urkunde angehalten werden; hart ist es aber, wenn man durchaus [57]) nie schriftliche Verhandlungen zulassen will; wenigstens sollte es erlaubt seyn, daß die Partheien auf die Einreichung von Schriften compromittiren dürfen, sobald auch der Richter wegen Wichtigkeit der faktisch verwickelten Einreden ein solches Verfahren der Aufklärung der Wahrheit für zuträglich findet [58]).

Wird die Urkunde vom Beklagten oder, in Bezug auf Einreden vom Kläger, abgeläugnet, so muß der Diffesionseid geschworen werden. Geschieht dies, so muß der Kläger [59]) mit seiner Klage abgewiesen werden; allein da der Eid nur darauf geht, daß die Urkunde nicht vom Beklagten geschrieben oder unterschrieben worden sey, so ist der Inhalt der Urkunde dadurch nicht entkräftet, und in so ferne wird der Beklagte nur von dem Executivprozesse

---

56) Kori v. Executivproz. S. 15. Anhalt. Prozeßo. cap. II. §. 4.

57) Wie z. B. der baier. Entw. es thut.

58) Anhalt. Prozeßo. §. 7. vielleicht zu nachsichtig ist der Meklenburg. Prozeß. Nettelbladt S. 262.

59) Kori S. 51. Anhalt. §. 8. Baier. Entw. §. 796.

entbunden [60]; allein nichts hindert dann den Kläger im ordentlichen Prozesse die nämliche Klage zu verfolgen, und anderer Beweismittel sich zu bedienen, oder auch die vorige Urkunde wieder zu produciren, und jetzt durch Schriftenvergleichung oder Ueberweisung des Beklagten durch Zeugen, die Aechtheit der Urkunde herzustellen [61]; im Executivprozesse selbst aber kann es dem Kläger nicht gestattet seyn, zur Abwendung des Diffesionseides andere Mittel, z. B. Schriftenvergleichung, zu gebrauchen [62], weil das zur Benützung dieser Mittel nothwendige Verfahren ein weitläufiges und verwickeltes ist, welches der Einfachheit des Executivprozesses widerspricht [63]; es wird aber den Partheien nicht verwehrt seyn durch eine wechselseitige Verabredung die Anwendung dieser Mittel zu gestatten, ohne daß der Kläger von vorne wieder mit seiner Klage im ordentlichen Pro-

---

60) Man kann auch sagen: Würde Beklagter mittelst Eides — — abschwören daß — — so ist er billig mit der Anerkennung der Urkunde zu verschonen. Hommel Deutscher Flavius I. S. 246. Zu weit geht Gensler Com. I. Thl. S. 76, wenn er annimmt, daß durch den Diffesionseid das Dokument im Verhältniß des Klägers zum Beklagten als vernichtet erscheine.

61) Es verdient Erwägung, ob man in dem Falle, wenn der Beklagte eidlich die Urkunde diffitiren, und der Kläger dagegen durch Zeugen oder Schriftenvergleichung die Aechtheit erweisen will, die Ableistung des Eides nicht suspendiren und den Kläger sogleich mit der Executivklage abweisen will; läßt man schwören, und im ordentlichen Prozesse doch die Aechtheit herstellen, so kömmt man dazu den Beweis des Meineids zuzugeben.

62) Kori S. 52. Anhalt. Prozeßo. §. 8. Baier. §. 795.

63) Das Gegentheil sucht zwar zu zeigen Schmidt öffentl. Rechtssprüche S. 686.

zesse beginnen muß, weil selbst der Beklagte ein Interesse haben kann, daß er nicht in neue Prozesse verwickelt werde; besteht aber der Beklagte darauf, den Diffesionseid zu leisten und den Kläger nicht zum Gebrauche anderer Mittel zuzulassen, so bleibt dem Kläger nichts übrig, als auf den Executivprozeß zu verzichten, die bisherigen Kosten dem Beklagten zu erstatten und die Klage im ordentlichen Prozesse wieder anzustellen [64]).

Zu einem Beweisinterlokut soll es nach der einfachen Natur des Executivprozesses eben so wenig, als im Wechselprozesse kommen; man behauptet zwar [65]), daß dem Kläger, welcher illiquide Repliken gegen die Einreden vorschützt, der Beweis derselben aufgelegt werden könne; allein es ist nicht einzusehen, wie der Kläger auf diese Art das ganze Wesen des Executivprozesses aufzuheben berechtigt seyn soll; denn durch eine Bescheinigung kann nichts geholfen werden, es müßte daher ein vollständiger und so sehr weitläufiger Beweis geführt werden, wodurch aber der Prozeß in den ordentlichen verwandelt würde; — will der Kläger z. B. gegen die exceptio compensationis die Replik der Zahlung geltend machen, so muß er sie ebensowohl auf der Stelle durch Urkunden liquid machen, als der Beklagte in Bezug auf die Einreden es thun muß; und höchstens kann man zugeben, daß er der Eideszuschiebung sich nach Analogie des Verhältnisses bedienen kann, wie der Beklagte in Bezug auf seine Einreden dies thun darf. Die Auflegung

---

64) Wernher obs. for. tom. I. p. 1. obs. 104. Mevius decis. VI. p. 278.

65) Martin Lehrbuch §. 241. Not. 9. Heffter Institutionen S. 437.

nothwendiger Eide widerspricht ebenso der Natur des Executivprozesses, da der Kläger seine Klage durch Urkunden voll beweisen muß, oder abgewiesen wird, wenn der Beklagte die Urkunde diffitirt, ein unvollständiger Beweis daher nicht vorkommen kann [66].

Im Urtheile müssen die illiquiden Einreden ad separatum gewiesen werden; in Bezug auf Rechtsmittel ist nichts vom ordentlichen Prozesse abweichendes anzuführen [67]; durch die Besonderheit aber, daß der Beklagte die ad separatum gewiesenen Einreden noch in dem nachfolgenden ordentlichen Prozesse anbringen kann, erhält er das Recht, die Gefahr aus der Vollstreckung des Executivprozesses dadurch abzuwenden, daß er von dem Kläger vorerst Caution verlangt; diese aber wird dadurch geleistet, daß der Kläger dasjenige, was der Beklagte zu bezahlen hat, von demselben nach Verhältniß der Größe des Anspruchs bei Gericht hinterlegen läßt [68]. Wenn zwar in neuerer Zeit [69]) gefordert wurde, daß zu-

66) Kori S. 57. Andrer Meinung, zwar mit Unrecht, ist Schroeter de probat. per testes, et praesumt. et juram. judic. in processu executivo locum habente. Jen. 1723.

67) Zu weit ist wohl in der Anhalt. Prozeßo. §. 9. gegangen, wenn dort dem Rechtsmittel keine suspensive Wirkung gegeben ist.

68) Dies spricht aus die baierische Novelle von 1819 §. 5. und dazu von Gönner Commentar S. 120 auch baier. Entwurf v. 1825 §. 803. Die preuß. Gerichtsordn. Tit. 28. §. 10 stellt es dem richterlichen Ermessen anheim, nach Beschaffenheit der Umstände entweder statt der Hinterlegung Caution des Beklagten zu verordnen, oder den Kläger zur Cautionsstellung anzuhalten.

69) Miller kritische Beleuchtung der von Feuerbachischen Grundsätze S. 109 – 114.

erst der Sieger Caution stelle und hierauf erst der Beklagte zur Zahlung angehalten werde, wenn man die zuvor angegebene Art, nach welcher die Hinterlegung statt Cautionsstellung gilt, deswegen bedenklich findet, weil Deponiren bei Gericht ein Zahlen sey, und daher in der Wirklichkeit der Beklagte selbst die Caution stellte, wenn man behauptet, daß dadurch der Beklagte für seine Nachklage nicht genug gesichert wäre, so verschwinden diese Einwendungen, wenn man erwägt, daß schon die Analogie des Wechselprozesses [70]), der dem Executivprozesse am ähnlichsten ist, für das oben vorgeschlagene Verfahren spricht, daß auch der ganze Vortheil des Executivprozesses wegfallen würde, wenn man den Kläger anhalten wollte, eine Caution aus seinem Vermögen zu stellen, ehe der Beklagte zu bezahlen brauchte. Dadurch, daß der Kläger im Executivprozesse siegte, hat er ja das Recht auf Vollstreckung, und sobald der Beklagte bezahlt hat, ist das Gezahlte eigentlich Eigenthum des Klägers geworden; dadurch nun, daß er die bezahlte Summe gerichtlich deponiren läßt, ist er so zu betrachten, als ob er aus seinem Vermögen die Caution erlegt hätte, und er leidet dabei ohnehin oft großen Nachtheil, daß er Jahre lang, bis die häufig chikaneusen Einwendungen des Beklagten im ordentlichen Prozesse verhandelt sind, die deponirte Summe entbehrt. Zu einer größeren Summe aber, als der im Executivprozesse verurtheilte Beklagte hinterlegt hat, kann der Kläger, (d. h. der im nachfolgenden Separatprozesse Beklagter) mit Gerechtigkeit nicht verurtheilt werden, da, wenn auch die Separatklage eine höhere

---

70) Preuß. Gerichtsordn. Tit. XXVII. §. 51. Frankfurt. Gesetz v. 30. Dez. 1819. §. 91.

Summme beträgt, in Ansehung dieses Ueberrestes der Grundsatz zur Anwendung kommen muß, daß der Kläger dem Beklagten keine Cautio iudicatum solvi zu bezahlen schuldig ist.

---

§. VI.

Der Mandatsprozeß.

Die Idee des Mandatsprozesses, als einer Prozeßart, in welcher auf bloße einseitige Imploration einer Person, ohne vorgängiges Gehör des Beklagten, ein richterlicher, auf die Hauptsache selbst gerichteter, Befehl zur Nachachtung erlassen wird, findet sich schon im römischen Interdiktenprozesse überhaupt [1]) und insbesondere können einige Interdikte, welche wegen auffallender Störung allgemeiner Anordnungen oder des öffentlichen Wohls oder wegen Gefahr auf dem Verzuge erlassen wurden [2]), als den heutigen Mandaten ähnlich betrachtet werden. Im canonischen Rechte finden sich schon ähnliche z. B. in Angelegenheiten einer Pfründe oder Provision erlassene päbstliche Mandate [3]), und es ist nicht zu bezweifeln, daß in den oft impetrirten Reskripten [4]) und literis

1) S. oben S. 6.

2) Z. B. l. 2. D. de locis et itin. publ. l. 1. l. 2. §. 11. D. ne quid in loco publ. l. 1. §. 12. 15. 17. D. de flum. publico. l. un. §. 4. 5. D. ne quid in flum. publ. s. noch Claproth summar. Prozesse §. 9.

3) Janus a Costa ad Decretales p. 29.

4) Duranti specul. jur. lib. II. part. 1. de rescriptor. praesentat.

praeceptoriis [5]) der Mandatsproceß später einen Rechtfertigungsgrund fand. Bei den Reichsgerichten führte zuerst die Anzeige eines Landesfriedensbruchs dazu, gegen den Friedbrecher ein Mandat zu erlassen [6]); allein bald wurde die Anwendung der Mandate häufiger [7]), und zwar so, daß anfangs dem erlassenen Mandate der Implorat unbedingt gehorchen mußte, ohne daß eine Ladung dem Mandate hinzugefügt wurde [8]); später aber suchte man die wohl gefühlte Unregelmäßigkeit dieses ausserordentlichen Verfahrens dadurch auszugleichen, daß dem Mandate die Ladung ad docendum de paritione einverleibt wurde [9]), woraus von selbst ein besonderes Verfahren entstand. Noch wichtiger waren die Fälle geworden, in welchen zur Verstärkung der Verträge die Clauseln mit und ohne Recht [10]) beigefügt waren; das Selbstpfändungsrecht des Gläubigers, welches sonst, vermöge dieser Clausel, Statt fand, konnte seit der geänderten festen Gerichtsverfassung nicht mehr zugegeben werden; als Surrogat dafür entstanden Mandate, welche auf bloßes Vorzeigen einer mit der erwähnten Clausel versehenen Schuldverschreibung erkannt wurden [11]).

---

5) Janus a Costa p. 85.

6) Eichhorn Staats- und Rechtsgeschichte III. S. 449.

7) Deckher monument. lect. antiq. camer. p. 174. 493. Gail observ. I. obs. 3. 4.

8) Häberlin Repertorium des deutschen Staats- und Lehenrechts III. Thl. S. 381.

9) Reichskammerg. II. Thl. Tit. 25. §. 16. R. Absch. v. 1570. §. 82. v. 1594. §. 57.

10) Z. B. in Urk. v. 1370. 1373. Guden. Cod diplom. III. p. 493. 511. auch Urk. noch v. 1508 in Kopp de jure pignorand. convent. §. 11. Rumpf de nonnullis convention. German. accessor. §. 44.

11) Reichsdeput. Absch. v. 1600 §. 29—36.

Die Anwendung der durch Praxis im Detail ausgebildeten Prozeßart wurde von den Reichsgerichten um so lieber begünstigt, als durch Impetration von Mandatsprozessen die Austrägalinstanz der Reichsunmittelbaren beschränkt, und Fälle, welche sonst nicht an die Reichsgerichte gehört hätten, vor dieselben gezogen werden konnten [12]. Auch in einigen Landesgesetzen des sechzehnten Jahrhunderts trifft man [13], obwohl noch selten, den Mandatsprozeß an.

Die Frage: ob diese Prozeßart Beibehaltung in neueren Gesetzen verdient, führt dazu, die Fälle, in welchen der Mandatsprozeß Statt findet, genauer zu untersuchen, und bemerkt darf nur vorerst werden, daß weder das französische Recht, noch die preußische Gerichtsordnung, noch die neuesten Entwürfe und Prozeßordnungen die Prozeßart erwähnen. Der Mandatsprozeß kömmt gemeinrechtlich 1) als unbedingter (sine clausula) oder 2) als bedingter vor; (cum clausula) wenn dem Mandate die Clausel beigefügt ist: wenn die Sache angebrachtermassen beschaffen ist. Jede dieser Arten hat wieder einen zweifach möglichen Gesichtspunkt, 1) in einigen Fällen ist der Mandatsprozeß nur eine auf Bewirkung eines provisorischen Zustandes gerichtete Prozeßart, z. B. wenn Gefahr abgewendet, ein schädlicher Bau inhibirt werden soll; 2) in anderen Fällen soll das Rechtsverhältniß selbst unter den Partheien auf eine rechtskräftige Weise in der Hauptsache entschieden werden, nämlich wenn Jemand aus einem öffentlichen Instrumente klagt [14].

---

12) V. Gönner Motive zum Prozeßentwurfe S. 610.

13) Z. B. in der baier. erklärten Landesfreiheit v. 1516 p. 1 art. 8. u. kaiserl. privil. für Baiern de non apellando v. 1559.

14) Im Sinne des §. 34 des Reichsdeput. Abschieds v. 1600. Martin Lehrbuch §. 234. Linde Lehrbuch §. 324.

In welchen Fällen der Mandatsprozeß als provisorisch wirkend begründet sey, war von jeher bestritten; die Cammergerichtsordnung und spätere Reichsgesetze [15]) bezeichneten zwar gewisse Classen von Fällen, die man auf vier brachte, nämlich wenn a) factum nullo jure justificabile oder b) damnum irreparabile oder c) detrimentum reipublicae oder d) periculum in mora da wäre [16]), daß aber damit nicht erschöpfend alle Fälle angegeben werden sollten, in denen der Mandatsprozeß Statt fände, zeigte sich schon aus dem Ausdrucke der Reichsgesetze: in solchen und sonst anderen Fällen, und es war auch immer von den Praktikern [17]) anerkannt [18]). Untersucht man aber die Beschaffenheit der Fälle genauer, so zeigt sich leicht, wie überflüssig der Mandatsprozeß ist; denn in Fällen, wo Gefahr auf dem Verzuge ist, wird durch ein einfaches Gesuch um provisorium leicht geholfen werden können, und hiezu giebt der deutsche Prozeß [19]) ebenso als der französische [20]) dem bedrängten Imploranten Mittel an die Hand. Hält man sich an den Ausdruck: factum nullo jure justificabile, so ist dies die vieldeutigste

15) Cammer G. O. 1555 Thl. II. Tit. 23-25. R. Absch. v. 1594 §. 79 J. R. Absch. v. 1654 §. 76—82.

16) Auch die Landesgesetze z. B. Baier. Cod. jud. v. 1753. cap. 5. § 7. enthielten nur die Uebersetzung der bemerkten Ausdrücke. Hanauische Gerichtso. Tit. VIII.

17) Moser Einl. in den Reichshofrathsprozeß I. Thl. cap. 2. §. 2—6. Häberlin Repertor. des Staatsrechts III. Thl. S. 376. Danz summar. Proz. §. 70. Linde Lehrbuch S. 462.

18) Ein langes Verzeichniß von Fällen, wo die Reichsgerichte Mandate erkannten, s. in Neurode Erl. des J. R. A. I. Thl. S. 316.

19) S. oben S. 41. 2.

20) Code de proc. art. 808—11.

Bezeichnung, welche gedacht werden kann; wer den Anderen ohne allen Grund schlägt oder beschimpft, wer auf dem Grundstück eines Anderen ohne Recht Feuer macht, oder seinem Gläubiger den Schuldschein wegnimmt und zerreißt, hat auch ein factum nullo jure justificabile verübt; allein dies giebt doch kein Recht zu einer außerordentlichen Prozeßart; es mag hier der Kläger seinen Anspruch schnell erweisen; der Richter kann aber doch den Beklagten nicht ungehört verurtheilen; und durch ein provisorium wird nichts genützt; übrigens ist es bekannt, wie häufig eine Handlung nach der einseitigen Darstellung des Klägers völlig rechtswidrig erscheint, aber eine ganz andere Gestalt gewinnt, wenn auch der Beklagte gehört wird. — Daß man auf das detrimentum reipublicae keine besondere Prozeßart bauen darf, leuchtet bald ein, wenn man erwägt, daß die Person des Verletzten nicht die Prozeßart ändert, und daß die Frage: ob wirklich eine Rechtsverletzung vorhanden ist, eben so schwierig in dem Falle, wo der Staat verletzt wurde, ist, und die nämliche umsichtige Verhandlung fordert, als wenn ein Privatmann über Rechtsverletzung sich beschwert; der wegen detrimenti reipublicae belangte Beklagte, muß daher das Recht haben, eben so wie in anderen Fällen, vorerst gehört zu werden, ehe man über die Rechtsverletzung abspricht [21].

---

21) Man rechnet (z. B. Kraitmaier Anmerkungen zu dem Baier. Jud. Cod. S. 219) auch den Fall hieher, wenn Jemand in einem schiffbaren Flusse etwas unternehmen würde, wodurch die Fahrt gehindert würde; allein hier bedarf es keines Mandats, da entweder durch ein Provisorium zu helfen ist, oder nach Umständen nuntiatio novi operis analogisch eintritt.

Im Falle des Daseyns des sogenannten damni irreparabilis wird ebenfalls durch Gesuche um Provisorien hinreichend gesorgt werden, und schon Sibeth [22]) hat gezeigt, wie wenig in Fällen drohender Gefahr, z. B. wenn ein Gutsbesitzer den vor seinem See gezogenen Damm durchstechen wollte, wodurch die Stadt überschwemmt würde, die Erlassung eines Mandats sichernd seyn würde, während durch die dem einzelnen Bedürfnisse entsprechenden provisorischen Maaßregeln leicht geholfen werden kann. — Will man aber den Mandatsprozeß als ein Mittel schleuniger Rechtshülfe für den Kläger, der auf öffentliche Urkunden bei Schuldklagen sich berufen kann, rechtfertigen, so gewährt der Executivprozeß den nämlichen Vortheil [23]), obwohl in der Regel nach gemeinrechtlicher Praxis der Executivprozeß auf den Grund von Privaturkunden und der Mandatsprozeß auf den Grund von öffentlichen Urkunden eingeleitet wird. Freilich bedarf das documentum publicum nicht erst der Rekognition oder ist Gegenstand eidlicher Diffesion; allein daraus folgt nur, daß das Verfahren, im Falle der Produktion öffentlicher Urkunde, noch einfacher werden kann; nichts hindert aber den Richter, auch bei Vorlage von öffentlichen Urkunden, den Beklagten zum Erscheinen in einem Termine aufzufordern, ihn zur Erklärung über die vorgelegte Urkunde [24]) und zur Abgabe aller

---

22) In seiner Kritik des gemeinen und meklenburgischen Prozesses S. 74.

23) Daher giebt auch die preuß. Gerichtso. Tit. 28. §. 1. den Executivprozeß aus gerichtlichen Dokumenten. Die neue anhalt. Prozeßo. v. 1822. cap. II. §. 4. hebt den Mandatsprozeß auf, und stellt den Fall der Klage aus gerichtl. Dokumenten unter den Executivprozeß.

24) Ist die Urkunde von einem ausländischen Gerichte aufgenommen, so ist die Vorlage noch mehr nothwendig.

seiner Einwendungen gegen die Urkunde und gegen die Klage anzuhalten [25]). Vorzüglich verdient es Erwägung, ob nicht eine Gesetzgebung in der Art wie das französische Recht jede Notariatsurkunde einem rechtskräftigen Urtheile gleichstellt, jeder öffentlichen Urkunde die executorische Kraft verleihen will, ohne daß erst ein richterliches Verfahren einzutreten braucht. In diesem Sinne würde auf den Grund einer öffentlichen Urkunde ebenso verfahren, als wenn Jemand ein rechtskräftiges Urtheil produciren könnte.

Mit der gerühmten Schnelligkeit ist es aber auch in den Fällen, in welchen die Hauptsache selbst im Mandatsprozeß entschieden werden soll, nur Täuschung; denn der Beklagte wird doch in den meisten Fällen Gründe für sich haben, aus welchen er die Leistung verweigert, und das Recht bestreitet; ist aber dies, so verwandelt sich, wie auch die Erfahrung lehrt, der anfängliche Mandatsprozeß in das ordentliche Verfahren, und keine Parthei hat dabei etwas gewonnen; es scheint daher der Mandatsprozeß, unter der Voraussetzung, daß eine Gesetzgebung das Verhältniß der provisorischen Gesuche zweckmäßig bestimmt, und daß der Executivprozeß gehörig normirt ist, oder daß, wie zuvor bemerkt worden, den öffentlichen Urkunden executorische Kraft beigelegt ist, eine überflüssige Prozeßart zu seyn. — Von den neueren Gesetzgebungen hat auch nur mehr die frankfurtische [26]), die bremische Gerichtsord-

---

25) Preuß. Ger. O. l. c. §. 4. Nro. 5.

26) Und zwar die (jetzt nicht mehr geltende) Prozeßordnung vom 7. Oct. 1812 im Titel VII. von Strafbefehlen auf die eingereichte Klage; hier sind Mandate erlaubt, wenn die Thathandlung in den Gesetzen offenbar

nung [27]) und die oldenburgische Prozeßordnung [28]) den Mandatsprozeß beibehalten. Eine eigenthümliche Ansicht stellt die badische Obergerichtsordnung auf [29]). Am meisten hat der Mandatsprozeß in der neuesten nassauischen Prozeßordnung [30]) Bestätigung erhalten, indem bei den Aemtern sogleich auf die Klage Zahlungsbefehle erlassen werden sollen, bei welchen jedoch

---

und unter Strafe verboten ist, oder wenn unwiederbringlicher Nachtheil entstände, oder der allgemeinen Wohlfahrt Nachtheil drohen würde.

27) Gerichtso. v. 1820 §. 359—377. Unbedingte Mandate finden dort Statt, wenn der Gegner faktisch verfährt, und außerdem entweder aus seiner Handlung ein unersetzlicher Schaden entstehen oder dem Imploranten eine Beschwerde zugefügt würde, deren Gegenstand nicht leicht in den vorigen Stand gebracht werden könnte.

28) Prozeßo. v. 1824 §. 9. Bedingte Mandate finden da Statt wegen Schuldforderungen oder andrer persönl. Ansprüche, die dem Umfange nach genau angegeben und einigermaßen bescheinigt sind oder durch Vermuthungen unterstützt. Nach §. 10 wird ein unbedingtes Mandat (außer dem Fall glaubhaft bescheinigter drohender Gefahr eines unersetzlichen oder schwer zu vergütenden Schadens) aus Dokumenten nur gegeben, wenn die Ansprüche darin vollständig begründet, und die Dokumente in öffentlich glaubhafter Form angelegt sind.

29) Von 1803 §. 106—117 darnach tritt Mandatsprozeß nur ein, wenn Jemand von dem Fiskus oder einer Patrimonialherrschaft durch Mißbrauch ihres Ansehens zur Klage veranlaßt würde, wenn sie ihn aus eigener Gewalt des Besitzes entsetzen, oder ihre etwaigen Rechtssprüche mit Hintansetzung der gesetzlichen Rechtsformen eigenmächtig geltend machte.

30) In der Prozeßordn. für die Aemter v. 13. Dec. 1825 in dem Verordnungsblatt Nro. 16.

eine bestimmte Stunde eines bestimmten Tages als Termin festzusetzen ist, an welchem der Beklagte, wenn er Einwänd vorbringen will, zu erscheinen hat.

Untersucht man genauer das durch gemeinrechtliche Praxis ausgebildete Verfahren im Mandatsprozesse und zwar A) bei unbedingten Mandaten, so ist es gewiß irrig, wenn man zur Impetration eines Mandats cumulativ a) eine öffentliche Urkunde und b) Nachweisung eines der oben reichsgesetzlich angedeuteten Fälle z. B. Gefahr auf Verzug, detrimentum reipublicae etc. verlangt; es muß vielmehr, da die Reichsgesetze den Mandatsprozeß bei Urkunden unter Clausel: mit und ohne Recht gaben und insbesondere dem Gläubiger, der auf ein öffentliches Schuldinstrument sich berufen konnte, eine Wohlthat erweisen wollten, angenommen werden, daß entweder ein Fall, wie er in den Reichsgesetzen genannt ist, oder den genannten ähnlich ist vorliegt, oder eine öffentliche Urkunde der Klage beigelegt werden kann, aus welcher ebenso vollständig, wie im Executivprozesse aus der Privaturkunde, jede Bedingung der Klage ersichtlich ist [31]. In beiden Fällen aber muß der Klagevortrag so beschaffen seyn, daß der Richter nicht leicht glauben kann, daß der Beklagte Einreden werde entgegensetzen können [32], was freilich leichter gesagt, als richtig angewendet werden kann, da kaum ein Fall existirt, in welchem nicht Einreden, z. B. des Vergleichs, der Rechtskraft, des Verzichts ꝛc., denkbar sind. Findet der

---

31) Diese Ansicht stellt richtig schon Martin §. 234 auf. Irrig ist daher das von Gensler im Commentar II. Thl. S. 60 vorgebrachte.

32) Linde Lehrbuch §. 324.

Richter den Mandatsprozeß gegründet, so erläßt er, ohne vorher den Imploraten über das Gesuch zu hören, das Mandat nach dem Bedürfnisse des einzelnen Falles mit deutlicher Bestimmung, was der Implorat zu leisten oder zu unterlassen hat, häufig mit Strafdrohung. — Am wichtigsten wird hier die Frage: ob dem Mandate eine Ladung des Imploraten beigefügt werden soll; dies hängt wieder mit der Frage zusammen, ob das Mandat rechtskräftig wird. Zweckmäßig wird man vorerst die zwei schon oben angegebenen Hauptfälle unterscheiden 1) den, wo das Mandat nur ein Provisorium zu begründen bezweckt, z. B. wegen Gefahr auf dem Verzuge, 2) den, wo die Hauptsache selbst, z. B. wegen öffentlichen Schulddokuments entschieden werden soll. Im ersten Falle kann wohl die Wirkung des Mandats nicht weiter gehen, als der Zweck ging, und es kann daher durch das Mandat nichts anderes bewirkt werden, als daß der Implorat, welcher kein Mittel anwendete, die Kraft des Mandats abzuwenden, das im Mandate ausgesprochene Provisorium anerkennen muß [33]), und daß, im Falle der Weigerung, das Mandat mit richterlichem Zwang vollstreckt wird; im zweiten Falle erscheint das Mandat auch nur als ein Dekret, das, weil es erging ohne daß der Implorat vorerst gehört wurde, nicht rechtskräftig werden kann [34]), welches aber rechtskräftig werden soll, weil nur dadurch der Implorant einen Vortheil von dem Mandate hat. Nun gilt die Regel: daß

33) In gewisser Rücksicht ist daher der Satz (z. B. in Neurode's Verfassung des hl. röm. Reichs oder Erl. des J. R. A. I. Thl. S. 293) wahr, daß die Mandata nur das prossessorium angehen und das petitorium ungekränkt lassen.

34) Martin Lehrbuch §. 236 Not. c.

auch durch das ergangene Mandat dem Imploraten das Recht, Einreden vorzubringen, nicht geraubt ist, obwohl die Praxis, indem sie die gegen jedes ergangene Rescriptum zulässige Einrede der Sub- und Obreption [35]) auch analogisch auf das Mandat anwendete, durch die Behauptung, daß nur die exceptio sub et obreptionis gegen Mandatum sine clausula erlaubt sey, die Zahl der Einreden gehörig beschränkt zu haben hoffte. Da nun doch Einreden zulässig sind, so kann nur dadurch für das beiderseitige Interesse der Partheien gesorgt werden, wenn der Richter die Lage herbeiführt, in welcher das provisorische Dekret in ein der Rechtskraft fähiges Urtheil verwandelt werden kann, und dies geschieht wenn dem Imploraten die Möglichkeit seiner Vertheidigung förmlich eröffnet, und daher dem Mandate sogleich eine Ladung des Imploraten beigefügt wird [36]); entweder indem er einen Termin zur Erfüllung (häufig ausgedrückt: den Kläger klaglos zu stellen) oder in gleicher Frist zur Einbringung seiner erlaubten Einreden erhält, oder indem im Mandate eine Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung und zum Vorbringen zulässiger Einreden angesetzt wird. Kömmt der Implorat dem Mandate nach (was am häufigsten bei Mandaten, die nur provisorium bezwecken, der Fall seyn wird) so beruht der Mandatsprozeß, und es wird dann das ordentliche Verfahren nachfolgen; ist der Implorant mit der Art der Leistung von Seite des Imploraten nicht zufrieden, so wird über die Art der Erfüllung und in wie ferne Genüge geleistet sey, richterlich ent-

35) C. 2 X. de rescript. s. Tit. Cod. VII. 57.

36) Diese Nothwendigkeit bewies v. Grolmann in Martins Magazin II. Heft Nro. V. S. 151.

schieden [37]. War keine Ladung dem Mandate beigefügt und leistet der Implorat weder Folge, noch erscheint er im Gerichte, so wird auf Andringen des Imploranten das Mandat erneuert und exequirt [38].

Am richtigsten wird aber das Verhältniß da, wo das Mandat z. B. auf den Grund eines öffentlichen Schuldinstruments erlassen ist, und nicht blos Provisorium bezweckt. In Ländern, wo der Gerichtsgebrauch dem Mandate keine Ladung beifügt, müßte man auch consequent annehmen, daß im Falle der Nichterfüllung von Seite des Imploraten auf neues Andringen des Imploranten das Mandat exequirt, und daher die schuldige Geldsumme, wie in der Executionsinstanz, beigetrieben werden müßte; allein wenn man erwägt, daß der Implorat, wenn ihm kein Termin gesetzt war, nicht schuldig seyn konnte, bei Gericht aufzutreten, daß nur derjenige, welcher einen richterlichen Termin versäumt, einen Nachtheil aus seinem Ungehorsam leiden kann, daß auch das Mandat nicht ein rechtskräftiges Urtheil ist, so kann die Vollstreckung des Mandats nie den Character einer definitiven Execution haben, es muß daher dem Imploraten frei stehen, noch während der Vollziehung alle Einreden vorzubringen; auch kann man nicht behaupten, daß der, welcher vielleicht vor mehreren Jahren ein Mandat gegen Jemanden erwirkte, dies zu jeder Zeit wie ein

---

37) Danz §. 71 u. zum Theil Süptig §. 34 verlangen einen Schriftenwechsel über diesen Punkt; allein da über die Hauptsache nicht schriftlich verhandelt ist, so möchte doch der Schriftenwechsel über die Art der Erfüllung nicht passend seyn.

38) Claproth sum. Proz. §. 23. Martin Lehrbuch §. 236 Not. b.

rechtskräftiges Urtheil geltend machen kann[39]; aber auch dann, wenn der Implorat nichts eingewendet hat (weil er gar nicht vorgeladen war) kann im Falle wirklicher Vollziehung, z. B. der Auspfändung wegen der Geldsumme, der Implorat nicht als definitiv verurtheilt betrachtet werden; man müßte vielmehr, nach Analogie des Executivprozesses, dem Imploraten das Recht geben, zu verlangen, daß die Geldsumme bei Gericht deponirt werde, und der Implorat müßte nun befugt seyn, seine Einreden, mit denen er gleichsam ad separatum gewiesen ist, im ordentlichen Prozesse zu verfolgen[40]. Hat der Richter dem Mandate die Ladung beigefügt, und erscheint der Implorat im Termine nicht, so steht die Urkunde in ihrer vollen Beweiskraft, und da der Klagegrund vollständig durch die Urkunde dargethan ist, auch der Klagegrund als erwiesen da; der Implorat aber, der gehörig aufge-

---

39) In einem dem Verf. vorliegenden Falle hatte 1801 der damalige Besitzer des Waldhofes die Zehendpflicht des Hofes zu Gunsten des Fiskus anerkannt, und zwar in einer öffentlichen Urkunde. 1810 hatte der Fiskus aus der Urkunde ein Mandat gegen den Hofsbesitzer, ohne daß jedoch der Implorat gehört worden wäre, oder sich vertheidigt hätte, erwirkt, aber nicht benutzt; 1819 wollte er nun dies Mandat geltend machen, und berief sich (gewiß mit Unrecht) auf die Rechtskraft.

40) Auch die Kam. G. O. v. 1555 II. Thl. Tit. 23 sagt ja: wollte in den angeregten Fällen der Theil, wider den solche Mandate erkannt, nach Vollziehung derselben oder so er von wegen seines Ungehorsams in die Pön des Mandats erklärt, nach Entrichtung der Pön dagegen etwas fürderliches fürbringen, das soll ihm zugelassen, dagegen sein Widertheil gehört werden.

fordert war Einreden vorzubringen und sie nicht vorbrachte, ist damit präkludirt, so daß in contumaciam auf neues Anrufen des Imploranten das Mandat in ein Contumacialurtheil [41]) sich verwandelt, und Execution eintritt. Will der Implorat die Execution hindern, so muß er zeigen, daß er die Einreden damals nicht habe vorbringen können, oder er muß Restitution, wie sie gegen andere Contumacialurtheile Statt hat, nachsuchen, oder er kann jene Einreden, die sich klagbar verfolgen lassen, im nachfolgenden ordentlichen Prozesse verfolgen [42]). Erscheint der Implorat in dem ihm in der Ladung gesetzten Termine, oder tritt er freiwillig, um die Wirksamkeit des Mandats zu hindern, auf, so kann er 1) die forideclinatorische Einrede vorbringen; — wenn zwar mehrere Juristen diesen Einreden die Kraft von dem Vorbringen anderer Einwendungen zu befreien, bezweifeln [43]), so ist dies gewiß irrig, da Niemand dem Befehle eines incompetenten Richters zu gehorchen braucht, und die Nachweisung der Incompetenz hinreichend die Zulässigkeit des Mandats vernichtet, daher jede weitere Erklärung des Imploraten über die Sache vor dem incompetenten Richter überflüssig wird [44]). Eben so wenig kann dem Im-

---

41) V. Grolmann Theorie §. 233.

42) In der naussauischen Prozeßo. v. 1824. §. 8. soll, wenn im Mandatsverfahren die Forderung in Contumaciam für eingestanden angenommen worden, dem Beklagten durch Restitution geholfen werden.

43) Cramers Wetzlar. Nebenstunden IV. Thl. Nro. 5. S. 95. Danz. sum. Proz. §. 72. Süptig §. 35. Not. 2.

44) Pütter de except. fori declinat. in processu mandati. Goett 1750. Häberlin Repertor. III. Thl. S. 385. Grolmann Theorie §. 234. b.

ploraten verwehrt seyn, jene dilatorischen Einreden vorzubringen [45]), welche Punkte betreffen, deren Mangel Nichtigkeit eines Prozesses begründen würde, z. B. der fehlenden Legitimation zur Sache, des Mangels des Klägers bei Gericht aufzutreten rc. [46]). Peremtorische Einreden scheinen zwar ausgeschlossen; allein dies ist nur Täuschung, denn die zulässige exceptio sub et obreptionis [47]) enthält eine große Zahl von Einreden, welche die Rechtlichkeit des erlassenen Mandats zerstören, in dem der Implorat zeigt, daß der Implorant eine völlig unrichtige Erzählung vorgetragen, oder wesentliche Thatsachen weggelassen habe, wodurch der Richter getäuscht worden. Man sieht leicht, daß, in dieser Ausdehnung die Sache aufgefaßt, eigentlich keine Einrede, sondern nur eine negative Litiscontestation in vielen Fällen der exceptio sub et obreptionis da ist, indem die exceptio rei non sic sed aliter gestae bekanntlich keine wahre exceptio ist; daher ist auch die Controverse entstanden [48]), ob der Implorant oder der Implorat die exc. sub et obreptionis beweisen müsse, wobei es jedoch nicht zweifelhaft seyn kann, daß die allgemeinen Grundsätze über Beweislast auch im Mandatsprozesse entscheiden. Nur kann unmög-

---

45) Claproth sum. Proz. §. 17. Linde Lehrbuch S. 325. Martin §. 236.

46) Die Cammer. G. O. III. Thl. Tit. 42. §. 1. nennt selbst unter den zulässigen Einreden der exc. banni, privationis maleficii.

47) Freisleben mandato sine clausula poenali ob exc. sub et obreptionis impune non pareri. Goett 1754.

48) J. H. Boehmer Jus. eccl. Protest. lib. 1. tit. 3. §. 11. J. R. A. §. 80. Graebe de except. sub et obrept. earumque probatione. Rint. 1788. Neurode I. Thl. S. 328.

lich hier gemeint seyn, daß das bloße Läugnen oder das Vorbringen einer anderen Erzählung von Seite des Imploraten schon genüge, um das Mandat zu zerstören; es muß vielmehr das Anführen des Imploranten unter Umständen geschehen, wo a) sogleich dem Richter die Gewißheit oder doch Wahrscheinlichkeit gegeben wird, daß der Implorant nicht vollständig das Sachverhältniß vorgetragen z. B. wichtige Urkunden verschwiegen habe [49]) oder b) wo der Implorat wirklich Einreden anführt, die, wenn sie gegründet sind, das jenseitige Klagerecht aufheben [50]), und zugleich wenn sie auf Thatsachen beruhen, auf der Stelle zu erweisen sind [51]).

Zu diesem Beweise ist aber nach entschiedener Praxis nicht blos eine öffentliche, sondern eine Privaturkunde zulässig, wenn sie der Rekognition des Gegners fähig ist; der Implorant kann sich nicht weigern, über die Aechtheit der Urkunde (wenn die Urkunde von der Art ist, daß sie auch im ordentlichen Prozesse rekognoscibel wäre) sich zu erklären, oder auf Verlangen des Imploraten eidlich sie zu diffitiren. Darüber aber hat der Richter zu wachen, daß er nicht durch völlig unbescheinigte Einreden den Lauf des Mandatsprozesses sistire [52]), daher, wenn die Bedingungen fehlen sogleich die Einrede

---

49) Jemand klagte aus einer zwar gerichtlich 1806 aufgenommenen Familienabrechnung, der Implorat konnte aber sogleich nachweisen, daß 1809 wegen entdeckter Irrthümer die Abrechnung v. 1806 rectificirt und völlig abgeändert wurde.

50) Z. B. exc. falsitatis instrumenti, parti de non petendo, transactionis.

51) Claproth §. 18. Martin Lehrbuch §. 236. Süptig §. 35.

52) J. R. A. §. 76. u. Neurode Erläuterung I. S. 300.

als im Mandatsprozesse unzulässig verworfen und das Mandat erneuert und auf weiteren Antrag exequirt wird [53]; dagegen ist es aber auch anerkannt, daß wenn die Einrede begründet scheint, jedoch nicht völlig erwiesen ist, der Richter nicht sogleich das Mandat exequirt, sondern erst den Imploranten darüber hört, und in so ferne ad replicandum die Einwendung des Imploraten mittheilt [54]. Der Schriftenwechsel soll aber im Mandatsprozesse möglichst beschränkt werden [55]. Die Stellung des Richters, welcher im Falle eines erlassenen Mandats die vorgeschützten Einreden zu prüfen hat, ist immer nur die: zu prüfen, ob das Mandat aufrecht erhalten oder aufgehoben werden soll; sobald daher die Einreden so weit als gegründet sich ergeben, daß das nachgesuchte Mandat, unter Voraussetzung der Wahrheit der Einreden, als grundlos erscheint, so muß auch das Mandat aufgehoben, und der Implorant mit dem Gesuche abgewiesen werden [56]. Sind aber die Einreden nicht so, als es zur Zerstörung des Mandats nöthig wäre, dargethan, so erfolgt in Fällen, wo das Mandat nur Provisorium bezweckt, Bestätigung des Mandats, und im Falle der Weigerung des Imploraten, die Execution; da aber, wo das Mandat z. B. in Schuldsachen die Verfügung über die Hauptsache bezweckt, und die vorgebrachten Einreden als unerheblich in Bezug auf das Mandat erkannt werden, so dürfte die Analogie des Executivprozesses dahin entscheiden, daß das Mandat den Character eines Urtheils annehme,

53) Martin §. 236. Not. 1.

54) J. R. A. §. 77.

55) J. R. A. §. 78. Neurode I. S. 308.

56) Claproth §. 21. Linde §. 324.

jedoch so, daß der Implorat Caution vom Imploranten fordern kann, in so ferne er seine Einreden oder Widerklagen jetzt im nachfolgenden ordentlichen Prozesse geltend machen will.

B) Der bedingte Mandatsprozeß unterscheidet sich 1) in Bezug auf die Form des Mandats von dem unbedingten dadurch, daß die Clausel: wenn die Sache angebrachtermassen beschaffen (oder in ähnlichen Ausdrücken) dem Mandate beigefügt wird [57]. 2) In Bezug auf die Fälle, in welchen bedingte Mandate eintreten, ergiebt sich schon aus der Vergleichung der Reichspraxis, daß darüber keine festre Norm bestand; es muß jedoch immer der Kläger auf ein klares Recht und nach der Erzählung des Klägers unwidersprechliche Rechtsverletzung von Seite des Beklagten sich berufen können, aber so, daß die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Einreden des Beklagten gegen die Klage dem Richter vorschwebt [58]. Man sieht leicht, wie wenig darnach die Erkennung der bedingten Mandate auf einem festen Prinzip beruht, da es völlig von der Willkühr des Richters abhängt, ob er annehmen will, daß Einreden gegen die Klage wahrscheinlich seyen oder nicht, was schwerlich mit Sicherheit aus der Klage erkannt werden kann; daher haben auch die Rechtslehrer [59]) solche Mandate zugelassen, so oft minderwichtige Ansprüche vom Kläger sogleich mit der Klage wahrscheinlich

---

57) Danz sum. Proz. §. 68.

58) Blum proc. cam. Nro. 39 — 54. Roding Pand. camer. lib. I. tit. 12 §. 7—36. Häberlin Repertor. III. Thl. S. 379.

59) Martin Lehrb. §. 237. Linde S. 467. Noch Heffter Institut. S. 441. Gensler im Commentar I. Thl. S. 63. rechnet auch Sachen, die eine besondere Gunst genießen, z. B. Alimentensachen, dahin.

gemacht werden, oder bei Sachen, die nur summarische causae cognitio fordern; mit Recht erklärt aber von Grolmann[60]), daß eigentlich diese Mandate überall gebraucht werden könnten, wenn nicht der Umstand, daß ihre Erlassung doch nicht mit dem als Regel aufgestellten Prozeßgange übereinstimmt, nöthigte sie als Ausnahmen zu betrachten; denn 3) gegen ein bedingtes Mandat kann der Implorat alle Einreden vorbringen, wenn sie nur nicht durchaus irrelevant oder unwahrscheinlich sind, und es löst sich jetzt der bedingte Mandatsprozeß auf a) entweder in einen unbedingten, wenn die Einreden durchaus unerheblich oder illiquid erscheinen, in welchem Falle der Implorant um Erlassung eines unbedingten Mandats bittet, oder b) es tritt, im Falle wenn die Einreden erheblich und liquid befunden werden, die Verfahrungsart ein, in welcher der Beschaffenheit der Streitsache nach die Sache zu verhandeln wäre, wenn nicht der Mandatsprozeß wäre impetrirt worden; die Verfügung des Richters ist aber selbst wieder verschieden nach der Beschaffenheit der Erklärung des Imploraten; richtet er seine Vertheidigung durch Einreden nur gegen die Zulässigkeit des Mandatsprozesses, so erfolgt nur die Aufhebung des Mandats, und der Kläger mag nun im ordentlichen Prozesse auftreten; hat aber der Implorat sich sogleich auf die Klage eingelassen, und vollständig in einer Exzeptionsschrift sein Vertheidigungsverhältniß entwickelt, so kann der Prozeß sogleich nach dem ordentlichen Gange verhandelt und nach gehörigem Schriftenwechsel ein Definitivurtheil oder Interlokut gefällt werden, jedoch nur dann, wenn nicht der Implorant,

---

60) Theorie §. 232.

welcher vielleicht seine Imploration nur zum Zwecke eines Mandats eingerichtet hat, gegen die Verwandlung des Mandatsprozesses in den ordentlichen Prozeß protestirt, so daß auch hier wieder das richterliche Ermessen mit sorgfältiger Prüfung der einzelnen Umstände des Falles zu entscheiden hat.

---

§. VII.

Der Arrestprozeß.

Wenn auch der persönliche Arrest als Executionsmittel den Römern ebenso unbekannt [1]) als der Grundsatz des heutigen Arrestprozesses war, so scheint doch die Ansicht, den flüchtigen Schuldner anzuhalten [2]), nicht fremd gewesen zu seyn, und auf dem Wege, auf welchem man zur Gestattung von Sequestrationen gelangte [3]), hätte man auch zu einer Art von Arrestprozeß kommen können, so wie auch in der römischen missio in bona schon die Ansicht lag, dem Gläubiger ein vorläufiges Mittel in Fällen zu geben, wo der Schuldner die Execution zu vereiteln suchte [4]). Viel leichter konnte aber in Deutschland der Arrestprozeß sich ausbilden. Schon überhaupt war im deutschen Rechte die Sitte, unter Verpfändung seiner Freiheit sich einem Andern zu

1) L. 58. D. de re judic. l. 1. Cod. de exec. rei jud. l. un. Cod. de prohibit. Sequaest. pec.

2) L. 10. §. 16. D. quae in fraudem creditor.

3) Gönner Handbuch IV. Band Nro. 80.

4) V. Vening Civilrecht I. Thl. §. 62. 63. Heffter Institut. des Prozesses S. 426. 29.

verpflichten, ebenso häufig [5]) als der Grundsatz galt, daß der Schuldner, im Falle der Nichtleistung, arretirt wurde [6]). Die Städte erhielten Privilegien, daß die Bürger ihre Schuldner, wenn sie in die Stadt kamen, festhalten und zur Erfüllung zwingen konnten [7]). Auch die Landfrieden [8]) erkannten selbst das Recht an, den Schuldner zu pfänden, und persönlich zu arretiren oder seine Güter anzuhalten; der Arrest [oder in der Sprache des Mittelalters der Kummer] [9]) war ohnehin ein gewöhnliches Mittel, und zwar wie Kopp meint [10]), auch um den Gerichtsstand zu fundiren. Dies Vorrecht, gegen den fremden Schuldner selbst wegen den auswärts contrahirten Schulden mit Arrest einzuschreiten und den Gerichtsstand durch Arrest zu begründen, kömmt in manchen Städten durch frühe Privilegien anerkannt vor [11]), und in den Zeiten, in welchen

---

5) Meine Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 192.

6) Schon Stellen oben in der Schrift: Der gemeine d. Prozeß 3tes Heft S. 121.

7) Statt vieler Beweise, ein wenig bekanntes landshuter Privilegium v. 1279 (in Krenner Anleitung zur Kenntniß der baier. Landtage S. 109.) wo es heißt: si civis debitorem in civitate invenerit, et bona quae induxit, per apparitorem perceperit, hoc est detineri usque ad exhibitionem justitiae postulaverit, judex non habebit sic detento, licentiam dare contra voluntatem talis civis exeundi vel res extra ducendi.

8) Z. B. v. 1395. s. Kopp v. den geistl. u. weltl. Gerichten in Hessen I. Thl. S. 491.

9) Kaiserrecht I. 33. 35. Emerich frankenberg. Gewohnheiten in Schminke monum. hass. p. II. p. 715.

10) Kopp l. c. S. 496.

11) Z. B. von Frankfurt s. Orth Anmerk. zur Frankf. Ref. I. Thl. S. 444. ꝛc.

eine völkerrechtliche Ansicht, dem fremden Kläger ebenso wie dem einheimischen zu helfen, noch wenig bekannt war, waren solche Arrestprivilegien vorzüglich für die Städte wichtig [12].

Je mehr durch die große Zahl von Stadtprivilegien und durch den Gerichtsgebrauch die Anwendung des Arrests häufiger wurde, desto wichtiger wurde es, dies Verhältniß näher durch Reichsgesetze zu reguliren; allein man würde irren, wenn man aus den Reichsgesetzen [13]) etwas anderes ableiten wollte, als daß Arrest erlaubt ist, daß der Arretirte gegen Caution Aufhebung des Arrests erwirken konnte, und im Falle der verweigerten Aufhebung Mandate impetriren durfte. Bessere Aufklärung über die Ansichten der Gesetzgebung des sechszehnten Jahrhunderts geben einige Partikulargerichtsordnungen aus dieser Zeit, z. B. die Statuten von Langensalze [14]), die Henneberger Landesordnung v. 1539 [15]) und der Meklenburgischen Gesetzen [16]).

Der Arrestprozeß war übrigens nicht blos in Deutschland, sondern auch, obwohl unter verschiedenen Namen, in Frankreich [17]) und in den Nieder-

---

12) S. von den dänischen Städten Rosenvinge Grundriß der dänischen Rechtsgesch. (übers. v. Homeyer) S. 255. 331.

13) Reichsabsch. v. 1570 §. 80. v. 1594 §. 81—87. J. R. A. v. 1654. §. 139.

14) V. 1556 in Walch Beitr. zu d. deutschen Rechten VII. S. 326.

15) Im Buch II. Tit. 7. cap. 2.

16) Hof- und Landgerichtso. v. 1558 u. 1568 Titel von Arresten. S. noch v. Kamptz Meklenb. Civilproz. (neue Ausg.) S. 269.

17) Vorzüglich in der Bretagne unter dem Namen: Arrest. s. weitl. Argentre ad consuet. Britonum p. 435. 442. In

landen [18]) bekannt, und bezeichnet jene Prozeßart, bei welcher eine Parthei zur Sicherung ihrer Ansprüche eine gerichtliche Verfügung zu erwirken sucht, wodurch der Schuldner verhindert werden soll, sich selbst von einem gewissen Orte zu entfernen oder seine Effekten wegzuschaffen oder darüber zu disponiren. Das Ausserordentliche dieser Prozeßart, welche den Grundsatz verletzt, daß vor Ausgang des Prozesses auf keine Art etwas eine Vollstreckung Enthaltendes verfügt werde, fordert die möglichste Beschränkung der Anwendung des Arrestverfahrens, und verlangt, daß dasselbe nicht weiter ausgedehnt werde, als der Zweck reicht, daher das ordentliche Verfahren sogleich wieder eintreten muß, sobald der Zweck des Arrestverfahrens erreicht ist. In Bezug auf die Bedingungen und Ursachen des Arrests hatte der gemeine deutsche Prozeß den wichtigen Unterschied, der allein in dieser Lehre entscheiden darf, nämlich den, ob der Schuldner Inländer oder Ausländer ist, und ob von Real- oder Personalarrest die Rede ist, oft nicht genug berücksichtigt. Der Staat hat das höchste Interesse, nicht zuzugeben, daß ein Inländer gegen seinen Mitbürger zu dem drückenden und ausserordentlichen Mittel des Arrests greife, da der Bürger eine schnelle und sichere Rechtspflege auf ordentlichem Wege von dem einheimischen Gerichte erwarten darf; man hat dies jedoch nur auf

---

Toulouse unter dem Namen: banniment. S. Berriat St. Prix Cours. p. 457. In Hainault u. einigen Provinzen unter dem Namen: *Clain.* Merlin répertoire not. II. p. 362. S. über die Privilegien der Stadt Paris. Bornier conférence sur l'ordonnance civile not. I. p. 69.

18) Unter dem Namen: Clain oder arret. Ghewiet institutions du droit belgique II. vol. p. 138.

Inländer, welche mit unbeweglichem Vermögen oder ordentlichem Gewerbe angesessen sind, bezogen [19]; allein richtiger muß es allgemein gefaßt werden, und jeder, welcher einen gehörigen Wohnsitz in dem Lande hat, und als Unterthan erscheint, muß darauf Anspruch haben, daß gegen ihn nur auf dem Wege des ordentlichen Prozesses verfahren werde, und daher erst nach rechtskräftigem Urtheile die Vollstreckung eintrete. Sobald dagegen der Inländer durch die Art seines Benehmens die Vermuthung, welche seine Qualität ihm gewährt, zerstört, insbesondere nicht mehr Bürgschaft liefert, als man gegen den ausländischen Schuldner hat, so wird auch gegen ihn, wie gegen einen Ausländer verfahren werden, dies ist der Fall, 1) wenn der Inländer auf der Flucht begriffen ist, oder dringend derselben verdächtig wird, 2) wenn er keinen bestimmten Wohnsitz hat und durch die Art seines Leumunds und sein verdächtiges Benehmen das sonst dem Inländer geschenkte Vertrauen zerstört [20].

Solange jedoch auch in solchen Fällen der Inländer ein Vermögen besitzt, welches für die Forderung hinreichende Sicherheit gewährt (seyen auch die persönlichen Verhältnisse des Schuldners noch so verdächtig) kann kein Personalarrest eintreten; der Realarrest aber wird in solchen Fällen nur dann gerechtfertigt seyn, wenn a) entweder die Art des Vermögens, z. B. bewegliche Habe, die Besorgniß erweckt, daß keine genügende Sicherheit begründet werde oder b) wenn das Benehmen des Schuldners auf seinen Vorsatz schließen läßt [21]), das Vermögen

---

19) S. auch preuß. Gerichtso. Tit. 29. §. 10. V. Gönner Entwurf der Prozeßo. III. Buch cap. IV. §. 1.

20) Baier. Entwurf. §. 755.

21) Prozeßordn. v. Geneve. Art. 10.

dem Gläubiger zu entziehen, und die Vollstreckung zu vereiteln, z. B. wenn der Schuldner auffallend sein Vermögen zu veräussern oder ausser Landes zu bringen [22]). Sobald das Benehmen des Schuldners so beschaffen ist, daß man auf den animus fraudandi schließen kann, oder glauben darf, daß ohnehin schon viel Vermögen verschleppt worden, oder so oft, ungeachtet des vorhandenen unbeweglichen Vermögens, eine Ueberschuldung wahrscheinlich ist, kann auch der Personalarrest impetrirt werden [23]).

Noch verdient die Frage einer Prüfung, ob auch gegen den, welcher in einer Schuldverschreibung dem Arreste sich unterwarf, der Arrest impetrirt werden kann [24]).

Da nach deutschem Rechte diese Verpflichtung eine sehr häufig vorkommende war, da das Wechselrecht darauf beruht und kein Gesetz solche Verpflichtungen verbietet, so läßt sich zwar die Rechtmässigkeit der Verpflichtung nicht wohl bezweifeln; allein in so ferne dadurch ein Conventionalprozeß begründet werden soll, ein solcher aber unzulässig ist, und das öffentliche Interesse nicht erlaubt, daß Jemand über seine Freiheit disponire, können Zweifel gegen die Zulässigkeit entstehen. — Wenn man auch behauptet [25]), daß Arrest dann zulässig sey, wenn Ansprüche

---

22) Preuß. Gerichtso. l. c. §. 10. Nro. 4. Frankfurt. Prozeßordn. v. 1819. §. 53.

23) Der französ. Code Civil. Art. 2059 — 62 bestimmt die Fälle, in welchen contrainte par corps (Personalarrest) im Civil eintreten darf. Vergl. damit auch Prozeßordn. von Geneve Art. 682 ꝛc. Prozeßo. v. Waatland Art. 659.

24) Dies erlaubt preuß. Gerichtso. §. 10. Nro. 1.

25) Glück Comment. VI. Thl. S. 333. Martin Lehrbuch §. 229. Not. 9.

gegen einen Verstorbenen gingen, dessen Erben verfolgt werden und zu besorgen ist, daß die unter verschiedenen Gerichten wohnenden Erben die Erbschaft theilen werden, so muß in dieser Ausdehnung die Zulässigkeit des Arrests bezweifelt werden [26]; denn die Erben, wenn nicht ein anderer Grund hinzukömmt, sind nicht schuldig, den allgemeinen Gerichtsstand des Erblassers anzuerkennen; es ist aber nicht einzusehen, wie blos wegen der Qualität des Erben ein Arrest begründet werden soll; die Erbschaftsmasse sichert ja den Gläubigern ihre Forderungen, und an eine Disposition über die Erbschaft oder Verschleppen derselben ist nicht zu denken, solange die Erben dieselbe nicht antraten; ist aber die Erbschaft angetreten, so haften die Erben nur zu ihrem Antheil; da aber dies gesetzlicher Ausspruch ist, und die Theilung der Erbschaft nicht gehindert werden kann, so ist auch kein Grund da, Arrest zu verfügen, weil kein Nachtheil, der nicht durch Gesetz gerechtfertigt wird, droht, und der Umstand, daß die Erben unter verschiedenen Gerichten wohnen, zwar unbequem ist, aber keine Verlustsgefahr für den Gläubiger begründet [27]; nur in so ferne als unter den Erben Ausländer sind, wird dem Erbschaftsgläubiger das Recht zustehen, gegen den Ausländer, der seinen Antheil ins Ausland ziehen will, Arrest zu impetriren [28].

In Ansehung der Rechtfertigung des Arrests gegen Ausländer, darf die Regel aufgestellt werden, daß die bloße Qualität, daß sein Schuldner Ausländer ist, dem Bürger eines Landes das Recht

---

26) Preuß. Gerichtso. Tit. 29. §. 6. 7.

27) S. noch Linde Lehrbuch §. 316. Not. 11.

28) Bremische Gerichtso. §. 341. lit. c.

giebt, Arrest gegen ihn nachzusuchen, weil der Bürger besorgen muß, daß bei dem ausländischen Gerichte die Vollstreckung ebenso schwierig seyn wird, als es drückend ist, vor fremden Gerichten nach fremden Prozeßgesetzen Rechtsansprüche zu verfolgen, daher die Gefahr erschwerter Rechtsverfolgung als causa arresti gilt [29]. Wenn zwar manche Juristen [30] und Landesgesetze [31] nur dann Arrest gegen den Ausländer gewähren, wenn das competente ausländische Gericht die Justiz verweigert hat, so entspricht dies der Praxis ebenso wenig als dem Bedürfnisse, da es für den Kläger schwierig seyn würde, erst die ausländischen Instanzen zu durchlaufen oder Versuche zur Rechtshülfe zu machen, oder den Beweis dieser Versuche und der Fruchtlosigkeit derselben zu führen, wenn z. B. der baierische Bürger auf drei oder vier Briefe an das holländische Gericht keine Antwort von demselben erhalten hat. — Dies Recht eines Inländers gegen Ausländer Arrest zu suchen, kann aber nicht ausgedehnt werden a) auf den Fall, wenn ein Fremder in einem anderen Staate gegen einen Fremden Arrest sucht [32], oder b) wenn der Inländer dem Ausländer Kredit gab und der Zahlungstermin noch nicht abgelaufen ist [33]; wollte man im ersten Falle Arrest gestatten, so würde jeder Gläubiger die

29) V. Gönner Motive S. 676.

30) Martin Lehrbuch §. 229. Not. e. f.

31) Oesterlei hanöv. Prozeß II. S. 143. Nettelbladt Meklenb. Proz. S. 270. Brem. Gerichtso. §. 341.

32) Nach frankf. Prozeßo. v. 1819 §. 52. hat dies Statt, wenn die Forderung entweder in Eigenthumsansprüchen auf in Frankfurt befindlichen Gegenstände besteht, oder aus einer in Frankfurt geführten Verwaltung oder dort geschlossenen Contract entspringt.

33) Baier. Entw. §. 755.

Möglichkeit haben, seine Schuldner ihren regelmäßigen Gerichten zu entziehen; auch paßt die ratio, warum der inländische Gläubiger Arrest erwirken kann, nicht auf den Ausländer [34]. Mit Unrecht würde man behaupten, daß an dem Grundsatze, nach welchem ein Inländer gegen den ausländischen Schuldner Arrest impetriren kann, durch die Verhältnisse des deutschen Bundes etwas geändert sey [35]. Der deutsche Bund wirkt in privatrechtlicher Hinsicht so weit als ausdrücklich die Bundesakte Ausflüsse des deutschen Bürgerrechts ausgesprochen hat; im übrigen bleiben die ohne Rücksicht auf den deutschen Bund bestandenen Verhältnisse, und am besten wird dies durch jene Staatsverträge dargethan, welche einzelne Bundes-Staaten mit Anderen geschlossen haben [36]; da nur erst durch solche Verträge die Unterthanen der zwei contrahirenden Staaten sich gleichgestellt sind, so zeigt sich klar, daß man ohne diesen Vertrag den Ausländer wegen der bloßen Qualität eines deutschen Bürgers noch nicht als Inländer betrachten darf; nur Preußen ist auf eine höchst würdige Weise weiter gegangen [37].

In Bezug auf die Begründung des Arrestprozesses verlangt man zwar oft [38], daß der Impetrant sowohl die Forderung an den Impetraten als den zureichenden Grund zur Arrestnachsuchung bescheinige,

---

34) Bülow u. Hagemann pract. Erört. IV. S. 208. in Not.

35) Zu weit geht Heffter Institutionen S. 431.

36) Z. B. Vertrag von Baiern u. Würtenberg v. 7. Mai 1821. Vertrag v. Baden u. Würtenberg v. 30. Dec. 1825.

37) Gesetz v. 2. May 1823 wodurch ausgesprochen ist, daß der Art. 14. Code Civil nicht auf Bundesunterthanen in der ganzen Ausdehnung anzuwenden ist.

38) Linde Lehrbuch §. 318. Heffter Institut. S. 428.

und es soll die Stellung einer Caution den Impetranten von dieser Pflicht nicht befreien[39]; allein soll auf dieser Bedingung mit Strenge bestanden werden, so wird der Arrestprozeß nur selten begründet werden können; denn häufig wird Arrest unter Umständen impetrirt (z. B. wenn man erfährt, daß der Schuldner eben abreisen wolle, oder daß er eben auf der Durchreise begriffen sey, oft selbst bei dem Einbruche der Nacht), daß eine vollständige Begründung unmöglich ist; auch ist eine förmliche richterliche Prüfung der vorgezeigten Urkunde bei den oft drängenden Umständen nicht möglich, es genügt nur eine Bescheinigung[40], sowohl der Forderung überhaupt, als in Bezug auf Sachlegitimation. Mit Recht unterscheidet man eine doppelte Begründungsart des Arrests 1) jene, wo die Forderung und die Ursache des Arrests bescheinigt wird, 2) wo ohne diese Bescheinigung der Impetrant die Forderung nur anzeigt, die Umstände, woraus die Gefahr beim Verzuge sich ergeben soll, bemerkt, und hinreichende Caution stellt[41], bei welcher man mit gutem Grund eine eidliche Caution nicht zuläßt, dagegen als zulässige Art die betrachtet, wo der Impetrant sich selbst dem Personalarreste zu unterwerfen sich erbietet[42]. Die Wichtigkeit des Arrests

39) Mevius de arcestis cap. 10. Nro. 36. Süptitz sum. Proz. §. 21.

40) Daher ist auch zuviel verlangt, z. B. von Mevius de arrestis cap. 10. Nro. 47. nur die Vorlegung der Originalurkunde fordert.

41) Hanauische Gerichto. Tit. 38. §. 2. 3. Preuß. Gerichtso. l. c. §. 30. Oldenburg. Prozeßo. §. 11. Baierischer Entw. §. 760. S. über älteren Gerichtsgebrauch Leyser Spec. 465.

42) Preuß. §. 31. Baier. 760.

scheint jedoch zu fordern, daß diese Art der Nachsuchung des Arrestes möglichst beschränkt und entweder an die Bedingung geknüpft werde, daß nach der Beschaffenheit der Umstände, z. B. wenn der fremde Schuldner im Begriffe steht zur Nachtszeit abzureisen, die sofortige Beibringung einer ordentlichen Bescheinigung nicht möglich ist, oder daß man mit Caution nur dann sich begnüge, wenn der Impetrant zwar die Forderung ihrer Existenz nach überhaupt einigermassen bescheinigt, wenn aber entweder die Bescheinigung nicht ganz genügt, oder wenn die Sachlegitimation nicht sogleich herzustellen ist, z. B. daß der Impetrant Erbe sey, oder wenn die Gefahr auf dem Verzuge nicht auf der Stelle bescheinigt werden kann.

Die richterliche Verfügung auf die Impetration fordert genaue Prüfung des Arrestgesuchs; eine Vernehmung des Impetraten, wenn der Richter das Gesuch nicht sogleich grundlos erkennt, ist da, wo dringende Gefahr auf dem Verzuge sich ergiebt, nicht nöthig [43]), weil sonst die vorausgehende Citation dem Schuldner leicht Gelegenheit geben könnte, die Arrestvollziehung zu vereiteln; nur dann, wenn die Gefahr auf dem Verzuge nicht so dringend scheint, mag [44]) der Impetrat vorerst vernommen werden [45]), findet das Gericht den Arrest zulässig,

---

43) Mevius de arrestis cap. XIII. Nro. 2—4. Holland de arrestis cap. III. Nro. 6.

44) Jedoch auch hier soll zu seiner Sicherheit der Richter dem Gerichtsdiener geeignete Aufträge geben, den Impetraten zu beobachten, um die Flucht zu verhindern.

45) Es verdient Beachtung, daß der baier. Entw. §. 761. im Falle, wenn das Arrestgesuch abgewiesen wird, dem Imploraten davon keine Mittheilung machen läßt. Manche sonst entstehende Feindschaft oder Injurienklage wird dadurch unterdrükt.

so ergeht zugleich neben dem Dekrete an den Impetraten auch der Auftrag an den Gerichtsdiener zur Vollziehung des Arrests. In der Arrestverfügung muß sogleich ein Termin zur Justifikation des Arrests mit Vorladung beider Theile angesetzt werden [46]) und zwar so, daß wenn in diesem Termine [47]) der Impetrant nicht erscheint, der Arrest sogleich aufgehoben, im Falle des Nichterscheinens des Impetraten (ist derselbe persönlich verhaftet, so wird er vor Gericht im Termine gebracht) der Arrest als justifizirt angesehen wird [48]).

Zwar ist in neuerer Zeit [49]) behauptet worden, daß eine causae cognitio auch dann geschehen müsse, wenn der Impetrat contumax wäre; allein da der Justifikationstermin dazu bestimmt war, dem Impetraten Gelegenheit zu seinen Einwendungen zu geben, und das Ausbleiben als Verzicht auf die Einwendungen gegen den Arrest zu betrachten ist, so braucht der Impetrant, der schon seine Bescheinigung früher vorgelegt hat, nicht weiter den Arrest zu justificiren, und nur in dem Falle, wenn der Arrest nur vorläufig wegen dringender Gefahr ohne Bescheinigung auf bloße Caution erkannt wurde, fordert die Consequenz, daß man jetzt den Impetranten, der damals nur wegen Gefahr auf dem Verzuge von der Vorlegung der nothwendigen Bescheinigung provisorisch befreit wurde, anhalte, die Bescheinigung nachträglich zu liefern, weil die ge-

46) Danz sum. Proz. §. 106. Süptig §. 26. Martin §. 231.

47) Mit Recht erklärt Oldenburg. Prozeßo. §. 11., daß dieser Termin nicht ohne die dringendste Ursache gegen des Impetraten Willen prorogirt werden darf.

48) Danz §. 111. Baier. Entw. §. 764.

49) Heffter Inst. S. 430

stellte Caution nicht weiter wirkt, als daß damals bei der ersten Erkennung der Impetrant von Bescheinigung dispensirt wurde.

Wenn das Arrestgesuch auf Forderungen, welche dem Impetraten gegen dritte Personen zustehen, gerichtet ist, oder Sicherung einer, in Händen eines Dritten befindlichen, angeblich dem Schuldner zugehörigen, Sache bezweckt, so tritt ein zusammengesetztes Verfahren ein, und in Bezug darauf kennt auch der französische [50]) Prozeß [51]) eine Art von Arrestverfahren, nach welchem jeder Gläubiger, der titres für seine Forderung hat, ohne weiters durch exploit des Huissiers, im Falle des Mangels von titres aber vermöge ordonance des Tribunals die in den Händen eines Dritten befindlichen Gegenstände seines Schuldners mit Arrest belegen kann. Der Impetrant denuncirt durch exploit seinem Schuldner den Arrest, und ladet ihn zur Verhandlung en validité de la saisie vor, denuncirt zugleich dem Dritten (tiers-saisi) den Arrest und ladet ihn en declaration seiner Schuld vor [52]). Der Dritte muß persönlich den Grund und Betrag seiner Schuld mit Anzeige der Urkunden angeben, so daß der Dritte im Falle des Nichterscheinens als Schuldner der

---

50) Unter dem Namen: saisie-arrêt ou opposition. Code de procédure art. 557—582. S. hierüber Merlin répertoire sub voce: *Clain.* Berriat St. Prix Cours vol. II. p. 457. Carré questions et traité de procédure civile vol. II. p. 175.

51) Nachbildungen des französ. Prozesses, jedoch mit bedeutenden Verbesserungen, enthalten Code de procéd. civ. pour le Canton de Genève art. 472—482 u. Code de proc. pour le Canton de Vaud art. 586.

52) Code art. 563—64.

mit Arrest belegten Forderung betrachtet wird. — Die große Zahl von Förmlichkeiten und von gesetzlichen Terminen, so wie der Umstand, daß ohne Anwald die Prozedur nicht zu betreiben ist, macht dies Verfahren kostspielig. — Im deutschen Prozesse entsteht eigentlich ein zweifaches Verfahren, a) mit dem Dritten, dessen Schuld mit Arrest zu belegen ist, b) mit dem Schuldner. Am einfachsten behandelt man das Ganze als eine Modifikation des Arrestprozesses, so daß wenn das Gesuch überhaupt gegründet gefunden wird, sowohl dem Impetraten als dem Dritten, in dessen Händen das Object des Arrests sich befinden soll, der Arrest insinuirt, und der letzte zugleich unter dem Präjudiz auf einen bestimmten Justifikationstermin vorgeladen wird, daß im Falle des Ausbleibens er so angesehen werde, als habe er das fragliche Object der Forderung in Händen; ein geeigneter Auftrag geht dahin, daß dem Dritten jede Zahlung an den ursprünglichen Gläubiger oder Verfügung untersagt wird [53]).

Im Termine entsteht die Vorfrage, ob dem Impetraten wirklich ein Recht auf die mit Arrest belegten Gegenstände zustehe; läugnet dies der Dritte, so muß zuerst zwischen ihm und dem Impetranten verhandelt, und über diese Frage entschieden werden [54]). Gesteht er aber die Forderung, so muß er den Gegenstand deutlich angeben, über die Verhältnisse zum Impetraten sich erklären, und etwaige schon vorher geschlagene Arreste anzeigen,

53) Preuß. Gerichtso. Tit. 24. §. 103. Tit. 29. §. 54. Bremische Gerichtso. Art. 347. 9.

54) Frankfurt. Prozeßordn. v. 1819. §. 54. Bremische Gerichtso. §. 350.

worauf das Gericht über die Statthaftigkeit des Arrests erkennt.

Im Justifikationstermine überhaupt beschränkt sich die Verhandlung nur darauf, ob der Arrest mit Recht angelegt ist, ob er daher bestätigt oder aufgehoben werden soll, und ob keine anderen Sicherheitsmittel da sind, welche den Arrest entbehrlich machen [55]. Die Prüfung der Forderung, wegen welcher Arrest gesucht wird, ist nur so weit nöthig, als der Zweck der Bescheinigung des Arrests es fordert [56]; das weitere Detail gehört zur Verhandlung über die Hauptsache. Erbietet sich der Impetrat zur Caution, so muß sie darauf gehen, daß man gehörig die Forderung, wenn sie als rechtmäßig erkannt werden würde, erfüllen wolle, und daß man vor dem competenten Gerichte Rede stehen wolle; da aber, wo die Begründung des Gerichtsstandes durch Arrest in foro arresti zulässig ist, geht die Caution selbst darauf, daß man in dem foro arresti Recht nehmen wolle [57]; wo aber dies nicht eintritt, reicht die bloße cautio wegen gehöriger Erfüllung der geforderten Summe hin. Eine cautio juratoria genügt nicht [58].

Wenn einige Juristen [59] auf Bescheinigung der Arrestursache interloquiren lassen wollen, so wider-

---

55) Danz §. 112. Martin §. 232. Linde §. 320. Oldenburg. Prozeßo. §. 11. Baier. Entw. §. 765. 6.

56) Die genaue Summe der Forderung liquid zu machen, ist nicht nöthig. Bülow u. Hagemann pract. Erört. IV. S. 209.

57) Lynker de arresto cap. III. §. 19.

58) Harprecht de Cautione jurator. Nro. 469. Kreitmayr Anmerk. zum baier. Jud. Cod. S. 299.

59) Martin §. 232. Heffter Institutionen S. 430.

spricht dies dem Grundsatze [60], daß der Impetrant sogleich den Grund des Arrests rechtfertigen sollte, und daß der Justifikationstermin ohnehin gleichsam als der Termin zur Bescheinigung gilt, so daß Impetrant sich die Abweisung mit dem Gesuche gefallen lassen muß, wenn er dem Auftrage, den Arrest zu justifiziren, nicht nachkommen konnte; dies läßt sich um so weniger bezweifeln, als man sonst consequent zum Nachtheile des Impetraten annehmen müßte, daß der Arrest gegen ihn bis zum Urtheil über das Resultat der Bescheinigung fortdauern sollte, während er doch das Recht hat, Aufhebung zu verlangen, sobald der Impetrant im Termine nicht den Arrest rechtfertigen kann.

Da eine durch Einreden zerstörte Forderung ebenso wenig einen Arrest gültig begründen kann, als eine nichtige Forderung, so muß dem Impetraten auch möglich gemacht werden, zerstörliche Einreden gegen die Forderung vorzubringen; allein die Natur des Arrestes als eines provisorii, die Rücksicht, daß sonst der Zweck des Arrestprozesses vereitelt würde, wenn man weitläufige Beweise der Exzeptionen zuließe, und daß sonst das Arrestverfahren mit dem Verfahren über die Hauptsache zusammengeworfen würde, verlangt, daß nur dann zerstörliche Einreden zur Anfechtung des Arrests zugelassen werden, wenn sie die Forderung ganz zerstören, und sogleich durch Urkunden dargethan werden können [61]. Die Einrede der Compensation hat unter den nämlichen Bedingungen Statt, und kann dann zur Aufhebung des Arrests hinreichen [62]; die Vorschützung dessel-

---

60) Linde S. 458. Not. 6.

61) Baier. Entw. §. 465.

62) Mevius de arrestis cap. 23. Nro. 21.

ben bewirkt auf jeden Fall, daß, wenn in der Folge der impetrirte Arrest als widerrechtlich nachgewiesen wird, Impetrant zum Schadensersatz angehalten werden kann [63]), weil er, indem er das Daseyn der Gegenforderung wußte, nicht leicht vom Vorwurfe des dolus, da er doch Arrest forderte, sich losmachen kann [64]). Dadurch aber allein, daß in der Folge sich ergiebt, daß Impetrat eine Gegenforderung zu machen hatte, (die er aber im Justifikationstermine nicht angab) kann der impetrirte Arrest noch nicht als widerrechtlich betrachtet werden, weil erst das wirkliche Vorschützen der Compensation der Gegenforderung wirksam gegen den Arrest machen kann [65]).

Daß das nach dem Justifikationstermine den Arrest bestätigende Dekret nicht im Wege stebt, wenn der Impetrat durch Stellung geeigneter Sicherheit die Aufhebung des Arrests in der Folge verlangt, folgt aus der Natur des Arrests als eines Provisoriums; ebenso richtig ist es aber auch, daß die gegen das Arrestdekret ergriffenen Rechtsmittel eine Suspensivkraft nicht haben kann, weil sonst der Arrest leicht vereitelt werden könnte [66]).

Vorzüglich wichtig ist es, die Verhandlung über den Arrest genau von der über die Hauptsache zu trennen; nur zu häufig bemerkt man, daß in dem Justifikationstermine der Impetrat auf die Hauptsache sich einläßt, oder um Termin zur Einbringung seiner Exzeptionsschrift bittet, und daß nun im

---

63) Schauß über die Entschädigungsforderung wegen eines widerrechtlich impetrirten Arrests. Landshut. 1821.

64) L. 3. D. de compens. l. 173. §. 3. D. de reg. Jur.

65) Gesterding Irrthümer der Rechtsgelehrten S. 463.

66) Danz §. 109. Gönner Handbuch III. Thl. Abh. 61. §. 25. Baier. Entw. §. 767.

ordentlichen Prozesse über die Hauptsache fortverhandelt wird [67]. Allein dieß setzte schon voraus, daß unbedingt immer das forum arresti auch das forum für die Hauptsache begründe, was aber nicht in der Allgemeinheit wahr ist, da kein Gesetz dies so allgemein ausspricht, da dadurch die begründeten Rechte des Beklagten auf gewisse fora verletzt würden, da es anerkannt ist, daß der Grundsatz, nach welchem man in foro der vorbereitenden Sache auch die nachfolgende ordentliche verhandelt haben will, unrichtig ist, und durch den erkannten Arrest hinreichend für den Impetranten gesorgt ist, welcher, wenn er auch im ordentlichen foro des Impetraten über die Hauptsache streitet und dort gewinnt, wegen der Execution des Urtheils durch den Arrest gesichert ist. Auch die gemeinrechtlichen Quellen [68] sprechen mehr gegen, als für diese Begründungsart des Gerichtsstandes, der nach richtigen Grundsätzen nur angenommen werden kann, wenn gegen einen Ausländer Arrest erkannt wurde [69], und gegen einen Inländer dann, wenn er durch den Mangel eines festen Domicils oder durch sein Benehmen, z. B. wenn er durch Flucht oder Wegschaffung aller Effekten die Absicht, sein bisheriges Domicil aufzugeben, ausspricht, einem Ausländer sich gleichstellt. — So oft nun das forum arresti nicht competent für die Hauptsache ist, kann auch die Hauptsache nicht in diesem foro verhandelt werden, ausgenommen wenn

---

67) Gegen die Verbindung wichtige Gründe in Gönner Motive zum Entwurfe S. 682.

68) Reichsabsch. v. 1594 §. 31.

69) Aber auch dann nicht, wenn der Prozeß schon bei einem anderen Gerichte anhängig ist. Oldenburg. Prozeßo. §. 11. am Ende.

der Impetrat (was er nach den Grundsätzen von der Prorogation thun kann) sich freiwillig in diesem foro einlassen zu wollen erklärt. Wenn aber auch dies eintritt, oder wenn z. B. gegen den Ausländer das forum arresti competent für die Hauptsache wird, so ist es nothwendig, daß der Impetrant zur Stellung einer gehörigen Klage angewiesen werde, weil die bloße oft ohne hinreichenden Klagegrund gestellte Arrestimpetration die Stelle einer ordentlichen Klage nicht vertreten kann, und es sonst zu leicht an der Grundlage des Streites fehlt. Ist das forum arresti nicht für die Hauptsache competent, so ist der Arrestrichter nicht weiter thätig, als in so ferne er vom competenten Richter der Hauptsache requirirt wird [70]. Sehr zweckmäßig ist es, wenn das Gericht, welches den Arrest bestätigte, in seinem Dekrete dem Impetranten aufträgt, in einem kurzen (im Dekrete zu benennenden) Termine [71]) die Hauptklage anzustellen, mit Drohung des Nachtheils, daß sonst der Arrest aufgehoben würde. Wenn auch in dieser Bestimmung ein Zwang zur Klage zu liegen scheint, so ist doch nicht zu vergessen, daß der Impetrant durch das Arrestgesuch schon den Willen, klagen zu wollen, an den Tag

---

70) Preuß. Gerichtso. Tit. 29. §. 43. 44. Der §. 43 will, daß der Arrestrichter dem competenten Richter der Hauptsache Nachricht vom Arrest gebe, und ihm die Akten mittheile; dieß ist gemeinrechtlich nicht nöthig, und nicht immer ausführbar, da der Arrestrichter nicht wissen kann, bei welchem Richter, wenn mehrere fora elective concurriren, der Hauptprozeß werde verhandelt werden.

71) Der baier. Entw. §. 768 fordert, daß bei Personalarresten binnen drei, bei Realarresten binnen acht Tagen die Hauptklage erhoben werde.

legte, daß auch der Arrest nur ein Provisorium ist, welches als ausserordentliches Mittel nur sich rechtfertigen läßt, wenn auch der Impetrant von seiner Seite durch Klagestellung den ordentlichen Zustand herbeiführt, daher das Gericht wohl die Bedingung angeben kann, unter welcher es das Provisorium fortdauern lassen will, wobei das Interesse des Impetraten, seine vollständige Vertheidigung gegen die jenseitige Forderung abgeben zu können, Berücksichtigung verdient.

---

§. VIII.

Provokationsprozesse.

Es unterliegt wohl keinem Zweifel mehr [1]), daß der in dem gemeinen Prozesse und in neuen Gesetzgebungen vorkommende Provokationsprozeß, d. h. jene Prozeßart, durch welche jemand befugt wird, einen Anderen, der durch Verzögerung einer anzustellenden Klage oder durch Ausstreuen unwahrer Behauptungen, aus welchen er Ansprüche ableitet, Schaden zufügt, gerichtlich zur Klage aufzufordern, in den beiden Gesetzen l. 5 D. de ingenuis manumissis (mit den Worten: diffamari beginnend) und l. 28 D. de fidejussoribus (mit den Anfangsworten: si contendat) nicht begründet ist. Allein schon die alten Juristen, und wie es scheint, schon die

1) Berger elect. proc. prov. p. 209. Meister de falsa probat. process. provocat. ex jure rom. Goett 1742. Schweizer über den Provokationsprozeß bes. nach chursächs. Rechte (Leipz. 1806) S. 6.

Glossatoren [2]), glaubten in den beiden Gesetzesstellen ein solches Recht der Provokation zu finden, oder suchten wenigstens ihre Ueberzeugung von der Nothwendigkeit dieser Provokationsklagen durch Berufung auf röm. Gesetzesstellen zu rechtfertigen, und die Reichsgesetze [3]) fanden die Veranlassung, diese Klagen zu billigen und die Gerichtsbarkeit des Kammergerichts darin anzuerkennen, darin, daß die Untersuchung wegen Landfriedensbruchs an das Kammergericht gehörte, und in den damaligen Zeiten Vorwürfe wegen Friedensbruchs für jeden Geschmähten um so nachtheiliger wurden, je strenger die Strafe dieses Verbrechens war, und je leichter gegen ein Reichsglied deswegen procedirt wurde, daher zunächst der Schutz der im Verdachte eines Landfriedensbruchs stehenden Reichsglieder, der Zweck der Einführung der Provokationsklagen schien, und die Reichsgesetze daher auch nur in friedbrüchigen Schmach und anderen dergleichen Sachen [4]) die Provokation gestatten. Die Practiker des sechzehnten Jahrhunderts erkennen übrigens das Rechtsmittel und zwar vorzüglich das ex lege diffamari als in der Praxis recipirt an [5]). Auch in die Landesgesetz-

---

2) Die Stellen sind gesammelt in J. Deckher monument. lectionis cameral. antiq. p. 185.

3) Reichsabsch. v. 1530. §. 93. R. A. v. 1531 §. 32. von 1532. Art. III. §. 2. Landfriede v. 1548. Art. 14. §. 8. Kammergo. v. 1555. II. Thl. Tit. 25. J. R. A. v. 1654. §. 83.

4) Es ist schon Streit, ob nach dem Worte: friedbrüchigen ein Komma gesetzt werden soll, oder ob nicht richtiger gelesen werden muß: in friedbrüchigen Schmach u. dergleichen S., so daß nur in Schmachsachen, die sich auf Friedensbruch beziehen, das remedium Statt finde. Pütter nov. epitome proc. imper. §. 127. Lotz civilist. Abhandl. S. 165.

5) S. Nachrichten in Deckher monum. lection. p. 185.

gebungen gingen bald die Provokationsklagen über[6]). Nicht bloß in Deutschland, sondern auch in Frankreich[7]) und in den Niederlanden[8]) gewann das Rechtsmittel Ausbreitung. Die Kürze und Lückenhaftigkeit der Gesetzgebung bewirkte jedoch ein gefährliches Schwanken der Praxis sowohl über den Umfang dieser Provokationen, als über das Verfahren, und erst die neuere Gesetzgebung fühlte das Bedürfniß der Beschränkung der Fälle, obwohl noch immer die Mehrzahl der neuesten Legislationen, wenigstens beschränkt, die Provokationen beibehielt. So finden sich noch beide Arten in der preußischen Gerichtsordnung[9]), in der anhaltischen Prozeßordnung[10]), in der bremischen Gerichtsordnung[11]), in dem neuen baierischen Entwurfe[12]) und im bernischen Prozeßgesetzbuche[13]). Beschränkter dagegen hat die frank-

---

Vorzüglich aber s. Gail. observ. obs. 9—11. Mynsinger Centur. 6. obs 90. Es kommen auch schon aus dem 16ten Jahrhunderte dissertat. vor, z. B. Blarer Com. in legem diffamari. Basil 1579 u. Contard ad leg. diffam. Spirae 1586. Von den geistreicheren älteren Schriftstellern verdient Faber de error. pragmat. dec. 51. cap. 10. Aufmerksamkeit.

6) Umständlicher erklären sich sächs. Prozeßo. v. 1622. Tit. I. §. 4. Erläut. Prozeßo. v. 1724 ad Tit. V. §. 5. Meklenburgische Hof- u. Landgerichtso. II. 12. Baierisch. Cod. Jud. v. 1753 cap. IV. §. 5. Hanauische Untergerichtso. Tit. XXXI. (sehr klar und vollständig).

7) Merlin répertoire vol. III. p. 693.

8) Ghewiet instit. du droit belgique vol. II. p. 126.

9) Preuß. Gerichtso. Tit. XXXII.

10) Anhalt. Prozeßo. v. 1822 im Anhang cap. V.

11) Gerichtso. v. 1820 Tit. XVI. §. 382—401.

12) Entwurf §. 196—199 u. §. 805—809.

13) Gesetzbuch über das gerichtl. Verf. §. 79. S. dazu Schnell's Commentar S. 96.

furtische Prozeßordnung die Provokation aufgefaßt [14]) und nur die prov. ex lege: si contendat beibehalten; während die Prozeßordnung für den Kanton Tessin nur die Provokation ex lege diffamari beibehält [15]), jedoch eine besondere Provokation für den Fall einführt, wenn jemand ein neues Gebäude errichten, und gegen die späteren Einsprüche seiner Nachbarn gesichert seyn will, in welchem Falle er sie zur Anbringung ihrer Erinnerungen unter Drohung ewigen Stillschweigens vorladen lassen kann [16]). Von neuen ausländischen Gesetzbüchern äussert sich merkwürdig das päbstliche Gesetzbuch [17]). Das französische Gesetzbuch erwähnt nichts von Provokationsklagen, daher man wohl mit Recht behaupten kann, daß ein französisches Gericht eine solche Klage nicht annehmen darf [18]), um so weniger, als nach dem französ. Grundsatze über das Recht zu klagen: l'intérêt est la mesure des actions, derjenige, welcher durch Diffamationen eines Anderen Schaden leidet, seine Schadensklage gerichtlich verfolgen mag. Es existirt jedoch ein arrêt [19]), in welchem der Cassationshof die provocatio ex lege diffamari als zulässig er=

---

14) Prozeßo. v. 1812 Tit. 45. Die prov. ex lege diffamari ist in §. 463 aufgehoben.

15) Codice di procedura civile v. 1821. Art. 702—5.

16) Art. 706—708.

17) Motu proprio della Santità Papa Pio VII. sul nuovo codice di procedura civile (Roma 1817) wo der §. 650 sagt: sarà à ciascuno perniesso di prevenire le sattanze o pretensioni dell' altro in qualunque maniera esternate o couosciute, costituendo si reo volontario.

18) Toullier droit civil français (edition de Bruxelles) vol. VII. p. 588. in not.

19) Arr. v. 12 Juillet. 1813. in Sirey recueil XIV. vol. 2. 2. Abthl. S. 234.

kannte. — Ein merkwürdiges Schwanken findet sich in Baden, wo die noch geltende Obergerichtsordnung, die sonst alle summar. Prozeßarten normirt, über die Provokationsklagen ganz schweigt, und Brauer [20]) (bekanntlich derjenige, der die neue Gesetzgebung vorzüglich bearbeitete) bemerkt, daß die aus ungegründeten Rechtsmeinungen entstandenen Provokationsprozesse jetzt wegfallen, während in neuerer Zeit das Oberhofgericht die Ansicht aussprach [21]), daß man aus dem Stillschweigen des Landrechts von 1809 nicht die Aufhebung der Provokationen folgern könne, und da das neue Landrecht nur Civilgesetzbuch ist, und an den prozessualischen Vorschriften nichts ändern wollte, so scheint diese Meinung die richtige.

Die deutsche Praxis [22]) nahm zwei Arten von Provokationsprozessen an, I. den Fall, wo jemand gewisse, der Ehre oder dem Vermögen eines Anderen, nachtheilige Aeusserungen ausstreut, und gewisser gegen den Anderen zustehende Ansprüche sich berühmt, und der Diffamant nun von dem, gegen den die Berühmungen gerichtet waren, aufgefordert wird Klage zu stellen oder ewiges Stillschweigen zu halten (provocatio ex lege: diffamari); II. den Fall, wo jemand Rechte und Ansprüche gegen einen Anderen hat, oder doch zu haben scheint, die Verfolgung dieser Ansprüche aber auf eine Art verzögert,

---

20) In seinen Erläuterungen über den Code Napoléon V. Thl. S. 118.

21) V. Hohnhorst Jahrbücher des badischen Oberhofgerichts S. 308.

22) Besondere Abhandlungen über diese Prozeßart in Berger electa processus execut. possess. provocat. Lips. 1762. Gönner Handbuch IV. 73. Schweizer über den Provokationsprozeß. Leipzig 1806.

daß der Beklagte um seine zustehenden Einreden gebracht werden könnte (provocatio ex lege: si contendat). Beispiele des ersten Falles sind, wenn jemand behauptet, daß ihm Retraktsrechte auf das von einem Anderen besessene Gut zustehen, oder wenn jemand gegen einen Kaufmann ausstreut, daß wenn er gegen ihn auftreten wollte, der Kaufmann bald ruinirt seyn sollte. Zu den Beispielen des zweiten Falles gehört, wenn jemand befürchten muß, daß durch die Zögerung des Anderen, der einen Schuldschein des Provokanten besitzt, der Provokant die exceptio non numeratae pecuniae verliert, z. B. wegen Ablaufs der zwei Jahre; oder wenn jemand, der sich für einen Anderen verbürgte, bewirkt, daß der Gläubiger absichtlich die Anstellung der Schuldklage verzögert, so daß der Bürge die exceptio ordinis zu verlieren besorgen muß [23]).

Mehrere Juristen [24]) und selbst Landesgesetze [25]) haben die provocatio ex lege diffamari noch weiter ausgedehnt, und zwar als Mittel der Aufforderung zur Bewahrheitung gewisser Aeusserungen des Provokaten gestattet, die für diesen zwar keine Klage begründen, aber dem Aufforderer nachtheilig sind, z. B. wenn jemand von einem Anderen behaupten würde, daß er ein Verschwender, oder daß er überschuldet sey, oder von einem Geschäftsmanne ausstreute, daß er die Personen prelle, ihnen Gelder zurückhalte u. A.; in solchen Fällen räth man, das Gesuch des Provokanten nur darauf zu richten, daß der Andere seine Aeusserung binnen einer gewissen Zeit

---

23) Die bremische G. §. 389 giebt diese Fälle an.

24) Schweizer über Provokat. S. 24. Süptitz sum. Proz. S. 29. Gensler Comment. zu Martins Lehrbuch II. S. 84.

25) Baier. Cod. Jud. cap. IV.

beweise oder ewiges Schweigen halte; und Gensler [26]) nennt diese Provokation ein gutes Mittel gegen Schwätzer, Prahler und Lügner, welchen der animus injuriandi nicht zu erweisen ist. Allein schon gemeinrechtlich, und abgesehen von der Zweckmäßigkeit dieses Mittels, muß die Zulässigkeit dieser dritten Provokationsart bezweifelt werden [27]). Weder aus den Reichsgesetzen, noch aus der Analogie der anderen zulässigen Provokationsarten läßt sich das Mittel ableiten, und vergebens würde man eine übereinstimmende Praxis für die Zulässigkeit suchen [28]). Wenn man zwar [29]) auf den Reichsabschied von 1532 Art. 3 §. 2 und die Worte: in friedbrüchigen Schmach und anderen Sachen sich beruft, so muß man nur erwägen, daß zunächst wegen Vorwürfe des Landfriedensbruchs die Provokationsklage entstand, und der Fall vorausgesetzt wurde, wenn der Provokat von dem Provokanten eine Handlung, die Friedensbruch enthalten hätte, unter Umständen behauptet, wo der Provokat Ansprüche wegen des angeblich erlittenen Friedensbruchs gehabt haben würde; in solchen und in anderen Fällen d. h. in ähnlichen, wo gleichfalls der Pro-

---

26) Im Commentar zu Martin II. S. 87.

27) S. auch richtige Ansicht in Linde Lehrbuch S. 438. Not. 3. S. auch Toussaint de remedio provocat. (Erlang. 1816) §. 6.

28) Viele Juristen, z. B. auch Berger elect. proc. pro. §. 12. Homel rhaps. obs. 635. Danz summar. Proz. §. 21 bezweifeln die Zulässigkeit dieser Ausdehnung. Die hanauische Untergerichtso. Tit. 31. §. 1 sagt ausdrücklich: keineswegs aber wegen ehrenrühriger u. schimpflicher Nachreden, weshalb es bei der Injurienklage allein verbleibet.

29) Süptitz S. 19.

vokat eine Injurie gegen den Anderen ausstößt, und sich zugleich Ansprüche berühmt, soll die Diffamationsklage Statt finden. Bekannt ist es ja, daß von jeher Streit war, welche Art von Diffamationen das Rechtsmittel begründen sollen, und daß schon ältere Practiker die Worte der Reichsgesetze nur auf Fälle bezogen: ex quibus publicum scandalum exoriri et tranquillitas imperii perturbari queat [30]). Daß aber die Kammergerichtso. diese prov. nur als Aufforderung ad agendum betrachtet, also den Fall voraussetzt, daß der Diffamant aus der Diffamation einen Klaganspruch ableiten kann, ergiebt sich aus den Worten: so die ansuchende Parthei, die in der Hauptsache Antworter (es muß also der Fall seyn, daß der Provokant im nachfolgenden Prozesse Beklagter wäre) und aus den Worten: wo aber der Diffamirte vor dem Richter, dahin die Sache ordentlich gehört, in genannter Zeit seine Klage fürzubringen, mit dem Anhang rc. [es ist daher vorausgesetzt, daß der Provokat eine Klage vorbringen kann] [31]). Ueberhaupt aber muß bemerkt werden, daß die Provokationen [32]) keine Begünstigung verdienen, daß sie den Grundsätzen des Civilrechts und insbesondere der überall ausgesprochenen Freiheit zu klagen und der Verjährung der Klagen widerspricht [33]). Das ganze Rechtsmittel, wie es

---

30) Gail observ. obs. 10. Nro. 2 — 4.

31) Kori Theorie der sächs. sum. Proz. S. 260.

32) S. jedoch sehr scharfsinnig angegebene Gründe für die Ausdehnung der Provokationen in v. Gönner Handbuch des Prozesses IV. Thl. Nro. 73.

33) Breidenbach im Archiv für Civilpraxis III. Band S. 325 — 45 u. IV. Band S. 67.

Süptitz aufstellen will, hat aber auch keine juristische Grundlage; denn, wenn man behauptet, daß der Provokant bitten soll, daß der Provokat zum Beweise angehalten werde, so verstößt dies Gesuch gegen den Grundsatz, daß Niemand zu beweisen schuldig sey, der nicht agendo oder excipiendo Ansprüche gerichtlich verfolgen will. Es erkennt auch Süptitz [34]) selbst, daß diese hier in Frage stehende provocatio keine provocatio ad agendum sey, daß auch kein Rechtsmittel als Einleitung zu einem künftigen Rechtsstreite vorliege, woraus von selbst folgt, daß keine Analogie für die provocatio, die man wegen nachtheiliger Aeusserungen geben will, spricht. — Aber auch die Zweckmäßigkeit dieser provocatio muß bestritten werden, und nur ein Mittel der Chikane mehr würde gegeben seyn. Daß der Provokat juristisch nicht zu beweisen braucht, ist schon oben bemerkt worden; er kann aber auch häufig gar nicht beweisen, z. B. wenn die sogenannte Diffamation aus einer großen Reihe kleiner Thatsachen besteht, welche auf den Ruf einer Person nachtheiliges Licht werfen, z. B. wenn bei A eine Thatsache und bei B und C wieder andere Thatsachen hingeworfen werden, woraus hervorgehen soll, daß ein Mädchen mit ihren Gunstbezeigungen zu freigebig ist; oder wie soll bewiesen werden, wenn jemand von einem Anderen äußert, daß er zu verschwenderisch sey? Das ganze Rechtsmittel nützt aber auch dem Provokanten nichts; denn wenn auch Schweigen dem Provokaten aufgelegt wird, so würde dies nur auf die Thatsache gehen, wegen welcher provocirt wurde; der kluge Provokat aber, wenn er den Anderen quälen will, erzählt nun zum vorigen Zwecke

---

34) S. 18.

andere ähnliche Geschichtchen, und der Provokant muß wieder von vorne anfangen. In den meisten Fällen macht sich der Provokant lächerlich, und breitet seine Schande aus, ohne etwas Anderes zu erreichen, als daß der Provokat für die Zukunft gerade das, was er gesagt hat, nicht mehr sagen darf; das Vergangene aber, was schon gesagt ist, bleibt unaufgehoben und ungestraft, und wirkt im Publikum weiter fort. Wenn z. B. ein Mädchen, das einen Anderen, der sich von ihr genossener Gunstbezeigungen rühmte, den Diffamanten provocirt und bewirkt, daß er zum Schweigen verurtheilt wird (wenn der Provokat schlau ist, so läßt er sich in contumaciam verurtheilen), so bleibt doch die schon geschehene Berühmung stehen, Jedermann glaubt, was er Lust hat, und findet eben darin, daß das Mädchen die Verläumdungsklage nicht anstellte, einen Beweis, daß sie doch kein gutes Gewissen hatte [35].

Es ist nicht einzusehen, warum derjenige, welcher von einem Anderen beschimpft ist, nicht mit der Injurienklage oder mit der Anklage der Verläumdung auftreten will; wenn zwar Schweizer [36] die Provokationsklage als zweckmäßiges Mittel betrachtet, weil der Verläumder Lügen gestraft wird, und weil durch Auflegung des Stillschweigens den üblen Folgen vorgebeugt wird, so ist bisher eben zu zeigen

---

35) Es kann selbst der schlaue Diffamant im Provokationsprozesse das Mädchen noch mehr systematisch und straflos quälen, z. B. wenn er sich zum Beweise erbietet, und nun eine Masse von kleinen Umständen, die freilich nicht den Beischlaf, aber doch die Gefälligkeit und zu große Nachgiebigkeit des Mädchens darthun, beweist.

36) S. 26.

versucht worden, daß der Verläumder diese Provokation, die im besten Falle doch nur eine halbe Maaßregel ist, spottet, und nach Lust wieder von vorne zu diffamiren fortfährt, so daß am Ende der Diffamirte, wenn es ihm Ernst ist, doch zur Injurienklage greifen muß.

Wenn man zwar behauptet [37]), daß die Provokationsklage oft vortheilhafter sey, als die Injurienklage, z. B. wegen der Verjährung, so darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß derjenige, welcher so gleichgültig gegen seine Ehre ist, daß er die Verjährungszeit der Injurienklage fruchtlos vorübergehen läßt [38]), keinen gesetzlichen Schutz verdient, wenn er mit einer verspäteten Provokationsklage nachkommen will.

Was die Provokation wegen Berühmungen von Ansprüchen eines Anderen betrifft, so können drei Gründe gedacht werden, aus welchen diese Provokation einen Vortheil zu gewähren scheint, a) weil der Provokant in Ungewißheit ist, ob die jenseitigen Ansprüche des Anderen wirklich gegründet sind, und weil er seine Handlungsweise darnach bestimmen will, je nachdem der Anspruch des Anderen wahr ist oder nicht; z. B. wenn der Besitzer eines Landguts erfährt, daß ein Anderer behaupte, es stehe ihm für den Fall des Verkaufs des Guts durch den jetzigen Besitzer ein Retractsrecht, oder für den Fall des Todes des Besitzers ein Eigenthumsrecht zu,

37) Schweizer S. 32.

38) Die Criminalklage wegen Injurien ist freilich, nach der gewöhnlichen Meinung, auch an ein Jahr gebunden; allein ist wirklich eine höhere öffentliche Strafe begründet, so tritt ja doch die Verjährung von zwanzig Jahren ein. Weber v. d. Injurien II. S. 158.

b) oder es kann ein Grund darin liegen, daß durch die Ausstreuungen des Anderen der Kredit leidet, z. B. wenn gegen einen Kaufmann jemand bedeutender Ansprüche sich rühmt, oder c) der Fall ist so, daß in der jenseitigen Berühmung zugleich Grund zu einer Injurienklage gegeben ist, z. B. wenn jemand behauptet, daß der Provokant ein Depositum unterschlagen habe.

Kaum kann man glauben, daß diese Gründe hinreichend sind, die in der Provokation liegende Verletzung der Freiheit zu klagen, und die Abkürzung der gesetzlichen Verjährungszeit der Klage zu rechtfertigen. In den Fällen sub a kann durch geeignete Erkundigung, durch Nachsuchung älterer Urkunden oder Familienpapiere ebenso der Provokant gesichert werden, und eine Provokation zur Klage paßt ohnehin hier nicht wohl, da der Anspruch des Anderen an Bedingung oder Zeit gebunden ist, und der Andere schwerlich genöthigt ist, früher über seinen Anspruch sich zu erklären, ehe er ihn wirklich schon geltend machen kann, da er sonst besorgen muß, daß seine Klage als actio nondum nata zur Zeit abgewiesen werde [39]. In den Fällen sub b mag der Provokant nach Umständen eine Schadensklage anstellen, z. B. der Kaufmann, dessen Kredit durch falsche Ausstreuung verletzt wird, oder er mag Injurienklage anbringen, wenn in den Berühm-

39) Es ist ein großer Streit, ob auch wegen Forderungen, die sub conditione oder sub die behauptet werden, die provocatio Statt finde. Für die Zulässigkeit erklären sich Berger elect. proc. prov. §. 15. Schweizer S. 56—59. Toussaint. l. c. §. 8. Dagegen aber s. schon Boehmer de jure futuro (Hal. 1741) cap. I. §. 16. Kori Theorie der sächs. sum. Proz. S. 256.

ungen des Anderen beleidigende Vorwürfe für den Provokanten liegen. Im Falle c ist die Injurienklage klar begründet, und der Anspruch des Provokaten, wenn er vorhanden ist, kömmt dann bei der exceptio veritatis zur Sprache. Wenn manche Schriftsteller [40]) den Fall anführen, daß jemand ein Gut kaufen und vorerst sicher seyn will, ob keine fremden Ansprüche darauf haften, so muß dagegen bemerkt werden, daß dieser Fall gar nicht hieher, wo von speziellen Provokationen die Rede ist, sondern nur zu den allgemeinen Aufforderungen gehört, welche ausser den gegen alle Provokationen sprechenden Gründen noch das gegen sich haben, daß dabei jemand, von dem es gar nicht gewiß ist, ob er die Vorladung erhielt, und welchen wegen Nichterscheinens keine Schuld trifft, da er die Zeitungen zu lesen nicht schuldig ist, mit Ansprüchen präkludirt werden soll. Uebrigens wird durch eine gute Hypothekenordnung, die auf Publizität gebaut ist, die Provokation in dem erwähnten Falle entbehrlich gemacht. Beruft man sich aber auf die im Concurse oder bei Todeserklärungen vorkommenden Aufforderungen, so werden sie in diesen Fällen durch überwiegende Gründe gerechtfertigt, indem, wie z. B. bei dem Concurse, der Vortheil des Vorgeladenen, der sonst Nachtheile leiden würde, die Aufforderung verlangt, oder weil der höhere Grund, der Ungewißheit des Eigenthums vorzubeugen, wirkt.

Ob die provocatio ex lege si contendat Beibehaltung verdient, ergiebt sich am besten, wenn man vorerst prüft, unter welchen Bedingungen die Praxis dies Mittel zuläßt. Man gestattet diese Provokation, 1) wenn dem Provokaten ein An-

---

40) Z. B. v. Hohnhorst Jahrbücher I. S. 308.

spruch zustand oder zuzustehen schien, 2) wenn peremtorische Einreden gegen die Klage dem Provokanten zustehen; man rechnet hieher auch [41]) sogenannte verneinende Einreden, daher auch der Fall der zustehenden exceptio non numeratae pecuniae hier angeführt wird, 3) es muß widerrechtliche [42]) Zögerung des Provokaten da seyn, die dem Provokanten nachtheilig seyn kann. 4) Es muß Provokant in Gefahr stehen durch längere Zögerung die Einrede zu verlieren, z. B. wegen ablaufender Verjährung, oder bei Einrede gegen den Bürgen, oder es muß Gefahr, den Beweis der Einrede zu entbehren, da seyn [43]).

Allein, auch diese Provokation scheint ein entbehrliches Mittel zu seyn; a) mit Recht muß man besorgen, daß sie über die Gebühr ausgedehnt wird, wenn man erwägt, wieviel Streit über das, was Einrede ist, entsteht. Wer besorgen muß, daß B mit einer Injurienklage gegen ihn auftreten werde, während der Beklagte die Einrede der Verzeihung beweisen kann, oder der Ehemann, welcher Untreue beging und die Scheidungsklage der Ehefrau befürchtet, aber mit der Einrede der Condonation durchzukommen hofft, provocirt, um seine Einreden zu retten. b) In den meisten Fällen, in welchen diese Provokation angewendet wird, hat der Provokant auch andere Mittel, deren er sich bedienen kann, ohne zu den Ausserordentlichen zu schreiten [44]).

---

41) Schweizer S. 74 glaubt jedoch, daß im Falle, wenn der Provokant die exc. non num. pec. zu opponiren hat, besser die provoc. ex lege diffamari angestellt würde.

42) Daher muß der Provokat in der Lage seyn, daß er schon jetzt klagen kann. Schweizer S. 74.

43) Schweizer S. 78.

44) Kori sum. Proz. S. 268.

Wer einen Schuldschein ausstellte, gegen den er die exceptio non numeratae pecuniae hat, kann die condictio sine causa anstellen, oder durch eine Protestation im Hypothekenbuche sich helfen. Der Beweis einer peremtorischen Einrede kann durch Vernehmung des Zeugen ad perpetuam rei memoriam gesichert werden; der alte Familienvater, welcher besorgt, daß nach seinem Tode andere Familienglieder Ansprüche machen werden, mag seine Erben oder einen Advokaten hinreichend instruiren und ihnen die Mittel zur Bekämpfung der jenseitigen Ansprüche anzeigen. c) Die Provokation von Seiten des Bürgen widerspricht selbst den Gesetzen [45]), sie kann durch andere Mittel surrogirt werden, sie nützt auch dem Bürgen nichts [46]), wird aber auch häufig ungerecht gegen den Schuldner, gegen welchen gewaltsam die Schuldklage hervorgerufen wird, während sonst der Gläubiger das Kapital ihm länger belassen haben würde, und verdient keine Begünstigung, da der Bürge selbst Schuld trägt, wenn er leichtsinnig für einen schlechten Schuldner sich verbürgte, oder wenn er nicht besser, z. B. durch Beschränkung der Bürgschaft auf eine bestimmte Zeit sich vorsah. d) Die Zulässigkeit dieser Provokation erschüttert aber auch alle Rechtsverhältnisse, vermehrt die Zahl der Prozesse und beunruhigt die Bürger [47]). Nur in der Voraussetzung, daß eine

---

45) L. 62 D. de fidejussor. V. Wening Lehrbuch des gem. Civilrechts II. Thl. S. 390. §. 364.

46) Gesterding im Archiv für Civilpraxis VII. S. 138.

47) Eine adeliche Gutsherrschaft hatte einen Pächter, der Caution stellte. Bei dem Wegzuge des Pächters wurde die Caution zurückgegeben, jedoch ohne Quittung, da der Verwalter nur im Buche die Rückgabe bemerkte. Die

Gesetzgebung die Zahl der Mittel der Rechtsverfolgung vermehren und zwischen mehreren Mitteln den Bürgern die Wahl lassen will, verdient der Provokationsprozeß, dessen Mißbrauch häufiger als der wohlthätige Gebrauch ist, und der durch andere ordentliche Mittel entbehrlich gemacht wird, eine Beibehaltung.

Betrachtet man näher die gemeinrechtlich ausgebildete provocatio ex lege diffamari, so ist schon das forum dieser Provokation ein Gegenstand des Streits. Man hat nach dem Grundsatze, daß die Provokation ein vorbereitendes Rechtsmittel einer gegen den Provokanten als den nachmaligen Beklagten zu richtenden Hauptklage ist, die Regel aufgestellt, daß die Provokation, bei welcher sich freiwillig der Provokant als Beklagter stellt, nur bei dem ordentlichen Richter des Provokanten, wohin nachmals die Hauptklage gehört, angestellt werden müsse [48]; da man jedoch fühlte, daß dadurch dem Provokaten, oder nachmaligen Kläger, der als solcher die Wahl zwischen verschiedenen Gerichtsständen des Beklagten hat, geraubt würde, so fügte man wieder die Beschränkung hinzu, daß der Provokat für seine Hauptklage dies Wahlrecht zwischen mehreren foris des Provokanten behalte [49], und nur diejenigen, welche eine Provokation auch wegen Diffamationen zugaben, die keine Berühmungen von

---

Herrschaft besorgte eine Klage der Erben des Pächters und provocirte.

48) Koch de foro compet. provocat. ex leg. diff. Giess. 1777. Reuter de foro competente provocat. Hal. 1751. Baier. Jud. Cod. cap. I. §. 15.

49) Wernher obs. I. obs. 211. Danz sum. Proz. §. 23. Süptitz §. 12.

Ansprüchen enthalten, gaben auch zu, daß der Provokant, (da kein vorbereitendes Mittel ad agendum vorliegt) in dem ordentlichen foro des Provokaten provociren müsse [50]).

Ein Zwang aber, daß der Provokant, der ad agendum auffordert, in seinem eigenen foro, als dem späteren foro der Hauptklage provociren soll, läßt sich nicht beweisen; aus der Kammergerichtsordnung, auf welche man sich beruft, folgt nichts weiter, als daß der Provokant in den Vorwürfen wegen friedbüchiger Handlungen und in den ihnen gleichgestellten Diffamationen die Provokation an das Kammergericht bringen sollte, was consequent war, da für die Untersuchung des Landfriedensbruchs das Kammergericht competent war; es läßt sich aber daraus keine Ausdehnung machen [51]), und da die Provokation doch einen selbstständigen Character hat, und eine Verurtheilung des Provokaten, z. B. im Falle des Ungehorsams begründen kann, so ist es gewiß consequenter, wenn man den Provokanten anweist im ordentlichen foro des Provokaten zu provociren [52]); nach gemeinem deutschen Rechte aber kann nicht geläugnet werden, daß der Provokant auch in seinem eigenen foro die Provokation anstellen kann, weil die Praxis aus der Kammergerichtsordnung und aus der Natur der Conexität die Ansicht ableitete; soviel ist aber auch gewiß, daß der Provokant hiezu nicht gezwungen ist, sondern wenn er will, auch in foro des Provokaten provociren kann. Wesentlich ist, daß der Provokant in seinem Ge-

---

50) Gensler im Comment. II. S. 89.

51) Lotz civilist. Abhandl. S. 164.

52) Mit Recht in preuß. Gerichtso. Tit. 32. §. 4.

suche die Diffamation als den Grund der Imploration speziell angebe, und sie sogleich in der Provokationsschrift bescheinige [53]), weil nur dadurch chikaneusen oder leichtsinnigen Provokationen, die auf bloße ungeprüfte Gerüchte gegründet werden, vorgebeugt werden kann. Erlaubt ist übrigens, den Zeugen, den man zur Bescheinigung anführt, blos in der Schrift zu benennen, und um die Abhörung zu bitten, wenn man nicht lieber das vor einem andern Richter oder vor einem Notar aufgenommene Zeugenvernehmungsprotokoll beilegen will [54]). Zur Bescheinigung des Eidesantrags sich zu bedienen, ist richtiger nicht zu gestatten, da dadurch nicht sogleich die Provokationsklage als bescheinigt erscheint, und dem Provokaten, ohne daß noch ein Prozeß da ist, Zwang angethan würde [55]).

Die eingereichte Provokationsschrift fordert strenge Prüfung, damit schon im Keime grundlose Provokationen abgeschnitten werden; wird die Provokation begründet gefunden, so wird die Schrift dem Provokaten, und zwar am Besten mit der Formel zur Erinnerung oder Erklärung mitgetheilt; da jedoch das Präjudiz im Falle des Ungehorsams richtig ist, so ist es zweckmäßig, sogleich das Präjudiz beizufügen, daß sonst die Behauptung des Provokanten als wahr angenommen werden würde [56]). Sehr fehlerhaft ist es, wenn schon die Provokation mit dem Auftrage mitgetheilt werden soll [57]), in bestimmter Frist

---

53) Kammergerichtso. II. Tit. 27. J. R. A. §. 79.

54) Schweizer S. 119.

55) Schweizer S. 120.

56) Schweizer S. 129. Hanau. U. G. O. l. c. §. 3. Preuß. Gerichtso. Tit. 32. §. 6.

57) Dies gebietet mit Unrecht baier. Entwurf §. 806. Auch Danz §. 25. rechtfertigt dies.

Klage zu stellen oder ewiges Stillschweigen zu halten; man verwechselt durch eine solche Citation das judicium diffamatorium praeparatorium mit dem Hauptverfahren; die Vorfrage ist ja, ob der Provokat die Diffamation gestehe, ob er nicht Einwendungen gegen die Zulässigkeit des Provokationsprozesses habe, und der Zweck dieses vorbereitenden Prozesses geht nur auf die Entscheidung, ob die Provokation Statt habe, und Provokat mit einem Rechtsnachtheil belegt werden darf; es muß also vorerst der Provokat nur über die Provokation gehört werden; will man aber schon den Auftrag, Klage zu stellen, bei Strafe des ewigen Stillschweigens, der ersten Citation hinzufügen, so setzt man schon die Provokation selbst als völlig gegründet voraus, ohne noch den Provokaten gehört zu haben [58]. Erscheint in dem angesetzten Termine der Provokat, und erbietet er sich nicht sogleich dazu, die Klage zu stellen (in welchem Falle der Provokationsprozeß endigt), so kann er entweder die angebliche Diffamation läugnen, oder Einwendungen gegen die Provokation vorbringen, worüber dann verhandelt und das Urtheil über die Zulässigkeit der Provokation gefällt wird. Läugnet der Provokat die Diffamation, so kann dem Provokanten bessere Bescheinigung, mit Vorbehalt der Gegenbescheinigung, aufgelegt werden [59]. Erklärt der Provokat, daß ihm gar kein Anspruch gegen den Provokanten zustehe, so kann zur Beruhigung und Sicherung des Provokanten ein Urtheil, worin Provokat zum ewigen Stillschweigen verurtheilt wird, gefällt werden. — Erscheint im Ter-

---

58) S. a. Reingruber Abh. über dunkle Gesetzesstellen S. 206.

59) Danz §. 29. Preuß. G. O. §. 15. Hanau. G. O. §. 6. Bremische G. O. §. 385.

mine der Provokant nicht, so kann Provokat auf Ersatz der Kosten und Entbindung von der Provokationsklage antragen [60]. Bleibt der Provokat aus, so wird auf ferneren Antrag des Provokanten die Provokation für zulässig und stattbaft erklärt, und dem Provokaten daher aufgegeben, binnen bestimmter Frist Klage zu stellen oder ewiges Stillschweigen zu halten. Läßt Provokat auch diese Frist verstreichen, so muß der neue Antrag des Provokanten abgewartet werden, worauf erst das Urtheil ergeht, daß dem Provokaten ewiges Stillschweigen auferlegt werde [61].

In einer schlimmeren Lage befindet sich noch der gemeinrechtliche Richter [62] bei der provocat. ex lege: si contendat, da nicht einmal die Reichsgesetze dies Mittel kennen, und nur die späteren Juristen, die von älteren Doctores wegen des Wortes: etiam in der l. 28. D. de fidejuss. unrichtig angenommene Provokation wieder hervorsuchten und in die deutsche Praxis einführten. Am nachtheiligsten wurde hier eine von Juristen [63] vertheidigte und in Landesgesetze [64] übergegangene Ansicht, nach welcher die provocatio darauf gehen soll, daß der Provokat

60) Schweizer S. 133.

61) Schweizer S. 134. Linde S. 442. Hanau. G. O. §. 5. Kori S. 261.

62) S. die Ansichten älterer Juristen, gesammelt in Strauch de provoc. ad iitem ex. l. si contendat. Jen. 1660. u. Schilter exerc. 13 thes. 19.

63) Wernher obs. p. IX. obs. 315. Schaumburg princ. prax. lib. II. c. 6. §. 2. Laube nutzbarer Gebrauch des remed. provocatorii (Leipz. 1746) §. 28.

64) Baier Jud. Cod. cap. IV. §. 6. Sächs. Erl. Prozeßo. ad Tit. V. §. 5. Gothaische Prozeßo. §. 8. Hanauische Tit. 31. §. 11.

über die von dem Provokanten angeführten peremtorischen Einreden sich erkläre, und darauf replicire, bei Strafe des Verlusts der Replick. Ein solches Verfahren aber müßte wahrhaft tumultuarisch genannt werden, und beruhte auf völliger Verwechslung des vorbereitenden Provokationsprozesses und des nachfolgenden Hauptverfahrens; daher fordert man [65]), daß der Provokant in seiner Schrift schon die Klage angebe, welche der Gegner wider ihn erheben könnte und die Einreden dagegen vollständig anführe und begründe. Die Provokationsschrift würde daher enthalten a) eine provocatio als vorbereitendes Gesuch, b) die Klageschrift im Hauptprozesse, und c) die Exceptionsschrift gegen die Klage. Wie kann aber eine vernünftige Gesetzgebung eine solche Prozedur zulassen? Der Provokant als Beklagter würde sich daher selbst die Klagschrift fingiren und dagegen zu Felde ziehen; an eine gehörige Litiscontestation auf die Klage wäre dann gar nicht zu denken. Dem Provokaten würde auch großer Nachtheil zugefügt werden, da ihm eine Klagschrift, wie sie dem Beklagten eben günstig ist, von diesem in den Mund gelegt würde. Vergebens hoffte man dann eine gehörige Begründung der Klage zu erhalten, und eine passende Bitte [66]), so daß der Richter, wenn es zum Beweise und zum Endurtheile käme, gar keine Grundlage der Entscheidung hätte. Die Antwort des Provokaten auf die Provokationsschrift würde auch die bunteste Schrift werden, da man dem Provokaten nicht verwehren könnte, die sogenannte Klage zu berichtigen und zu ergänzen, und zugleich Repli-

65) Schweizer S. 123.

66) S. noch Kori Theorie der sächs. sum. Proz. S. 270, wo die gewöhnliche Meinung gleichfalls bekämpft wird.

ken vorzubringen. Was soll herauskommen, wenn der Provokat, indem er die Einrede läugnet, neue Thatsachen anführt, die zur Klage gehören, worüber sich der Provokant als Beklagter noch nicht erklärt hatte. Es wird selbst über die Zahl der Schriften, die jeder Parthei zustehen, über die Präclusion des Vorbringens großer Streit entstehen [67].

Es ist nicht einzusehen, warum man bei der prov. ex lege: si contendat von dem Grundsatze der Provokationen, daß sie ad agendum auffordern und vorbereitender Natur sind, abweichen will. Am einfachsten sieht man daher auch diese provocatio als Aufforderung zur Klagestellung mit Rücksicht auf den besonderen Zweck dieser Provokationsart, nämlich Erhaltung der durch längere Zögerung der Anstellung der Klage der Verlustsgefahr ausgesetzten Vortheile für den Provokanten in Bezug auf seine Einrede. Der Provokant wird aber so betrachtet, als wenn er dieser Vortheile, die ihm im Falle der

---

67) In einem dem Verf. vorgekommenen Falle hatte 1808 am 24. April jemand einem Kaufmann, dem er seit langer Zeit schuldig war, über das Ganze einen Schuldschein ausgestellt, und sein Landgut verpfändet. 1809 provocirte der Aussteller der Urkunde den Gegner und behauptete, daß er am 24. April 1808 nicht sanae mentis gewesen, und im Anfall solcher Geistesverwirrung die Urkunde ausgestellt habe. Provokat läugnete dies, und behauptete, daß der Gegner am 4. Juny die Urkunde auf jeden Fall von 1808 genehmigt habe; der Provokant läugnete dies, und behauptete, daß er auch am 24. April 1808 von dem Gegner zur Ausstellung der Urkunde gezwungen worden sey. Provokat behauptete nun, daß dies Vorbringen verspätet sey; und so wurde das Verfahren so verworren, daß man zuletzt die Procedur vernichten, und den Provokaten zur Stellung einer gehörigen Klage anhalten mußte.

Klagestellung des Gegners zustünden, sich bedienen wollte, und das einfachste Mittel zur Realisirung dieser Vortheile ist, daß der Andere den ordentlichen Prozeßgang herbeiführe d. h. Klage stelle; daher wird die Provokationsschrift vorerst nur, wie im Diffamationsprozesse, zur Erinnerung mitgetheilt, worauf der Provokat seine Einwendungen gegen die Bedingungen der Zulässigkeit der Provokation angeben kann, z. B. daß keine Gefahr auf dem Verzuge da sey, daß der Provokat noch nicht zu klagen brauche oder klagen könne; mit Unrecht würde man aber schon hier Repliken gegen die Einreden vorbringen lassen, da man sonst mit Umgehung von Klage- und Exzeptionsschrift das Provokationsverfahren sogleich in das Hauptverfahren verwandelte [68]. Will daher der Provokat sogleich seinen Anspruch verhandeln, so muß er zur gehörigen Klagestellung innerhalb bestimmter Frist angehalten werden. Dasselbe ist auch der Fall, wenn der Provokat die Einrede läugnet. Am schwierigsten wird die Sache nur, wenn im bestimmten Termine nach mitgetheilter Provokationsschrift der Provokat nicht erscheint; — daß auf jeden Fall erst der weitere Antrag des Provokanten abzuwarten ist, folgt als richtig aus dem Grundsatze: contumacia non accusata non pocet. Daß man als Strafe des Ungehorsams nicht das ewige Stillschweigen drohen oder aussprechen kann, ergiebt sich daraus, daß hier nicht wie bei der prov. ex lege: diffamari der Provokat sich eines bestimmten Anspruchs gerühmt hat, daß man daher nicht weiß, mit welcher Klage er eigentlich präkludirt werden soll, und daß darauf, daß der Provokant einen gewissen Klaganspruch, gegen den die exceptio

---

68) Kori S. 271.

gerichtet ist, erzählt, nichts gebaut werden kann, indem der Provokat verschiedene Wege haben kann, den nämlichen Klaganspruch zu verfolgen, und die einseitige Erzählung des Provokanten den Provokaten nicht binden kann. Wollte man auch die Strafe des ewigen Stillschweigens annehmen, so würde die Folge weiter gehen als der Zweck der Provokation, da der Provokant nichts weiter beabsichtigt als die Erhaltung der Vortheile, die er durch längere Zögerung zu verlieren befürchten muß.

Wenn man als Strafe des Ungehorsams annehmen will [69], was auch mehrere Gesetzgebungen so vorschreiben [70], so entstehen neue Bedenklichkeiten. Soll dies soviel bedeuten: daß die Einrede als erwiesen ohne weiters betrachtet wird, so ist dies im gemeinen Prozesse gewiß inconsequent, da das Stillschweigen und der Ungehorsam des Gegners im gem. Prozesse kein Grund ist, ein Geständniß der jenseitigen Behauptungen anzunehmen. Die Folge stünde auch in keinem Zusammenhange mit dem Zweck; denn der Provokationsprozeß ist vorbereitender Natur, und betrifft die Vorfrage: ob der Provokat zum Klagen genöthigt werden soll; wollte man aber die Einrede in contumaciam als erwiesen ansehen, so würde man dadurch schon aussprechen, daß der Provokat klagen muß, und zugleich schon über die Hauptsache entscheiden, wogegen auch noch das bemerkt werden darf, daß eine Einrede kein selbstständiges Leben hat, und es unjuristisch ist, schon über Einrede zu entscheiden, wo noch keine Klage gestellt ist. Wer mag mit dem Geiste des

69) Süptitz S. 31. Gensler Comment. II. S. 85. Linde S. 443.

70) Baier. Entw. §. 197.

deutschen Civilprozesses es für verträglich halten, wenn in dem Falle, daß A die exceptio solutionis gegen B zu haben behauptet, und deswegen provocirt, in contumaciam wenn B nicht erscheint, angenommen werden soll, daß A, der sich gar nicht zum Beweise anschickte, die exceptio erwiesen habe. Soll aber der Ausdruck: daß die Einrede immer wirksam bleibe, soviel bedeuten, daß ohne Rücksicht auf die sonstigen civilrechtlichen Aussprüche über die rechtliche Wirksamkeit gewisser Einreden die Einrede für alle Zeiten mit juristischem Erfolg gegen die spätere Klage des Provokaten gelten soll, so frägt man mit Recht, ob wirklich (diese Provokation ex lege si contendat beruht auf keinem Gesetze) der Richter befugt seyn kann, die exc. non numeratae pecuniae ungeachtet des Ausspruchs über das biennium für alle Zeiten als wirksam zu betrachten; oder wenn der Provokant aus dem Grunde einer Generalquittung den B, welcher Forderungen zu haben behauptet, auf welche die Quittung nicht gehen soll, provocirt und exc. solutionis behauptet, soll der Provokant in contumaciam gegen alle künftigen Forderungen des B die Generalquittung opponiren dürfen? oder wie kann bei der Provokation von Seite des Bürgen der Richter die exceptio ordinis immer als gültig erklären, wenn notorisch ist, daß der Hauptschuldner Zahlungsunfähig ist.

Wenn Andere [71]) als Präjudiz annehmen wollen, daß der Provokat seine Replik gegen die Einrede des Provokaten verliere, so beruht diese Ansicht auf der unrichtigen Voraussetzung, daß diese provocatio eine prov. ad replicandum sey; auch müßte

---

71) Martin §. 246. Dies ist auch angenommen in anhalt. Prozeßo. v. 1822. cap. V. §. 2. Brem. G. O. §. 388.

man annehmen, daß die Provokationsschrift schon die Exzeptionsschrift in der Hauptsache sey; man würde die Einrede schon als in contumaciam erwiesen voraussetzen, was sich aber nicht rechtfertigen läßt. Es würden selbst manche mit den Gesetzen unvereinbarliche Entscheidungen aus dieser Meinung entstehen; wenn z. B. wegen exc. transactionis A den B provocirte, B nicht antwortete, und nun in contumaciam der Replik verlustig wird; später aber B mit der Klage auftritt, und gegen die hierauf vorgeschützte exc. transactionis die Replik der Ungültigkeit des Vergleichs wegen Mangels gesetzlicher Vorschriften entgegensetzt, soll wirklich der Richter diesen gesetzlich ungültigen Vergleich als wirksam ansehen müssen? Oder wenn A als Bürge den B als Gläubiger provocirt, wegen des Ungehorsams von B hierauf die exceptio ordinis als wirksam erklärt, und B mit der Replik präkludirt wird, später nun B gegen den Bürgen doch klagt, und gegen die vorgeschützte exc. ordinis replicirt, daß der Bürge als Selbstschuldner und Zahler sich verpflichtet und der exc. ordinis entsagt habe, soll er wirklich mit diesem Vorbringen nicht weiter gehört werden?

Hält man sich an den Grundsatz, daß die Provokation vorbereitender Natur ist und die Vorfrage betrifft, ob der Provokat zu klagen genöthigt werden kann, erwägt man den Zweck dieser Provokation, nämlich die durch länger verzögerte Klagestellung der Verlustgefahr ausgesetzten Vortheile des Provokanten in Bezug auf seine Einreden zu erhalten, so kann die Folge des Ungehorsams des Provokaten auch nur darauf gehen, daß dem Provokanten die Vortheile, welche er sonst gehabt hätte, wenn die Klagestellung nicht wäre verzögert worden, aufrecht

erhalten werden. Alles aber, was der Provokant prozessualisch thun müßte, wenn der Provokat wirklich geklagt hätte, muß er auch dann thun, wenn der Provokat nicht erscheint und in contumaciam als verpflichtet zur Klage angesehen wird; daher kann der Provokant nicht von dem ihm sonst obliegenden Beweise frei werden; daher kann 1) wenn die Provokation geschah, wegen der Gefahr, den Beweis der Einrede zu verlieren, der Provokant seinen Beweis der Einrede führen, und der Provokat verliert im nachfolgenden Prozesse das Recht, die Einwendungen gegen den Beweis zu machen, die er sonst hätte erheben dürfen; 2) im Falle der Provokation wegen der exc. non numer. pecuniae wird es so betrachtet, als wenn der Provokant, als Beklagter, die exceptio intra biennium angebracht hätte, und so wie der Kläger den Beweis, daß das Geld wirklich ausbezahlt worden, hätte übernehmen müssen, wenn intra biennium geklagt worden wäre, so muß er dann auch nach Verfluß des biennii diesen Beweis führen, wenn er als Provokat in contumaciam verurtheilt ist. 3) Bei der Provokation des Bürgen gegen den Gläubiger kann die contumacia des Letztern nur die Wirkung haben, daß der Bürge, wenn später gegen ihn geklagt wird, die exc. ordinis noch mit Erfolg dann vorschützen kann, wenn er beweist, daß zu der Zeit, als der Bürge provocirte, der Hauptschuldner noch solvendo war. Der Provokant sichert sich also die Vortheile, welche er gehabt hätte, wenn damals, als noch der Schuldner zahlungsfähig war, vom Gläubiger geklagt worden wäre.

Noch verdient bemerkt zu werden, daß die Behauptung [72]) unrichtig ist, nach welcher die Provo-

---

72) Z. B. in Schweizer S. 67.

kation nur dann Statt haben soll, wenn der Provokant den Grund der Klage einräumt, da ja der Provokant über die Einreden erkannt haben wolle, und dann erst über Einreden erkannt werden könne, wenn der Grund der Klage erwiesen oder eingestanden sey; dies kann nicht zugegeben werden; denn die Einrede besteht ja neben dem Läugnen der Klage, und der Fall, daß Provokant Einreden hat, ohne den Klagegrund zu gestehen, kann wohl gedacht werden, z. B. wenn jemand, der in vielfachen Geschäftsverhältnissen mit B stand, endlich von B eine Generalquittung erhielt und nun erfährt, daß B besondere Forderungen, ungeachtet der allgemeinen Quittung, geltend machen will, in welchem Falle der Inhaber der Quittung den B provocirt, um sicher zu seyn.

---

§. IX.

Possessorische Prozesse.

Unsere heutigen possessorischen Prozesse, d. h. jene Verfahrungsarten, in welchen nur der Besitz Gegenstand der Verhandlung ist, so daß ohne alle Rücksicht auf petitorische Gründe nur darüber construirt und entschieden wird, ob dem Impetranten der Besitz zustehe, sind theils aus dem römischen Rechte, theils aus germanischen und canonischen Rechtsansichten entstanden. — In Bezug auf das Erste ist bereits bemerkt worden [1]), daß das Bedürfniß eine Abweichung von dem gewöhnlichen

---

1) Oben S. 6.

Prozeßgange dadurch herbeiführte, daß bei Besitzklagen der Prätor zur Erlangung oder zur Erhaltung des Besitzes ohne Zuziehung des judex dem Imploranten Interdikte gab, bei welchen ähnlich unserem Mandatsprozesse verfahren wurde [2]), obwohl freilich nach dem blos vorläufig eingeleiteten Verfahren, die Untersuchung gewisser Thatfragen die Aufstellung eines judex nöthig machen konnte [3]). Ein auf entfernte Weise unserem summarissimo ähnliches, eine provisorische Regulirung des Besitzstandes während des interdictum uti possidetis enthaltendes Verfahren kam vor [4]). Bekannt ist übrigens, daß durch die spätere röm. Veränderung im ordentlichen Verfahren durch Aufhören der Trennung von judex und praetor das Interdiktsverfahren seine Bedeutung im Gegensatz der actio verlor [5]).

Wie weit das canonische Recht an den Ansichten des röm. Rechts über Besitzprozeß etwas änderte, ist sehr streitig [6]); daß durch canon. Recht die Cumulation des Besitzprozesses mit dem petitorio gestattet wurde, kann nicht geläugnet werden [7]), daß

---

2) S. außer der oben S. 6. 7. angeführten Literatur noch Gönner Handbuch des Proz. IV. S. 404. Dupont Comment. ad Gajum. p. 153. Du Roi im Archiv für Civilpraxis VI. Band S. 263. Heffter Institutionen S. 394.

3) Gajus IV. 141. Schweppe röm. Rechtsgeschichte 2te Auflage S. 836.

4) Gajus IV. 166. Du Roi im Archiv VI. S. 270. Schweppe l. c. S. 837.

5) L. 3. Cod. de interd. v. Savigny das Recht des Besitzes S. 348.

6) S. Gönner Handbuch IV. S. 411.

7) C. 2. 5. 6. X. de causa propriet. et poss. — gegen l. 3. Cod de interd.

aber in dem c. 9. X. de probat. der Pabst nicht ein besonderes possessorium ordinarium anordnen wollte, ist als richtig anzunehmen [8]), am wichtigsten aber wird die Frage, ob das angeblich durch canonisches Recht [9]) eingeführte Rechtsmittel des Spoliums eine Abänderung des röm. Rechts habe enthalten sollen [10]), ob daher wirklich das in der heutigen Praxis bekannte possessorische Rechtsmittel, bei welchem im Falle verübter Gewaltthätigkeiten ohne alle Rücksicht auf Rechtmäßigkeit des Besitzes sogleich in den Besitz eingesetzt werden soll, begründet sey. Es sey erlaubt, hier einige Gründe vorzulegen, um die Meinung zu rechtfertigen, daß das canon. remedium spolii aus germanischen Ansichten hervorgegangen ist. Es darf als ausgemacht angenommen werden, daß das altdeutsche Recht einen Besitz [Gewehr] [11]) im röm. jurist. Sinne, in so ferne er ad interdicta und ad usucapionem qualificirte, nicht kannte [12]), daß auch der Ausdruck: Gewehr das Verhältniß des faktischen Besitzes, oder der detentio bezeichnete [13]), und vorzüglich die Idee hervortrat, den Besitzer (d. h. der die Sache in Gewehr hat)

---

8) V. Savigny l. c. S. 498—500. Kees de judicio possessorio ordinario. Lips. 1805. S. jedoch auch Kori Theorie der sächs. summar. Proz. S. 244.

9) C. 3. C. 3. qu. 1. S. über die Aechtheit dieses Canons Boehmer Jus. eccl. Prot. lib. II. tit. 13. §. 7.

10) Daß dieß nicht sey, s. in v. Savigny S. 482—90.

11) Ueber Bedeutung dieses Ausdrucks s. meine Grunds. des deutschen Privatr. §. 137. Eichhorn Privatrecht §. 168. Cropp in Hudtwalkers crim. Beiträgen 2ter Band I. Heft S. 15.

12) Heineken de paroemia. Hand muss Hand wahren p. 31.

13) Sachsenspiegel II. 24. 25.

gegen jede Gewaltthat zu schützen, so daß selbst widerrechtlich erlangte Gewehr nur durch den Richter abgenommen werden konnte, und der Angegriffene Schutz des Richters gegen die Gewaltthat fand [14]. Es begreift sich dies um so leichter, wenn man erwägt, daß das deutsche Recht die Wehre mit dem als heilig geachteten geschlossenen Hausbezirke des alten Germanen im Zusammenhange stellte, und daher jede Gewaltthätigkeit, wodurch die Wehre verletzt würde, als Friedensbruch betrachtete [15].

Diese Ansicht aber, daß jeder Besitzer, sobald er durch fremde Gewaltthätigkeit aus der Wehre gesetzt wird, vorerst wieder in die Wehre eingesetzt werden muß, und daß der Friedensbrecher, wenn er auch vorzüglichere Ansprüche auf Besitz der Sache gehabt hätte, keinen Vortheil aus der Gewaltthat haben soll, ist es, welche dem canonischen remedio spolii zum Grunde lag, wozu noch überhaupt die Ansicht kam, daß jeder Gewaltthat strenge entgegengewirkt werden müsse. Daß aber solche Ansichten germanisch waren, ergiebt sich noch deutlicher aus den altnormannischen [16], altenglischen [17] und französischen [18] Rechtsquellen. Höchst aufklärend sind

---

14) Sachsenspiegel II. 24. 25. 36.

15) Stellen in Cropp l. c. S. 20—24.

16) Leges Normannorum in Ludewig reliquiae MS. vol. VII. p. 317—331.

17) Vorzüglich in den Schriftstellern aus dem 13ten Jahrhunderte. S. Briton cap. 40—44 in Houard traité sur les coutumes Anglo Norm. tom. IV. p. 171. S. noch Fleta lib. IV. cap. 2. in Houard tom. III. p. 469—79. Auch Glanvilla in Houard tom. I. p. 528. p. 553.

18) Wichtig ist ein Statut von Aigues-Mortes (wohl aus dem Ende des XI. oder Anfang des XII. Jahrhunderts) abge-

in dieser Beziehung die Vorschriften über saisine (Besitz) und über nouvelle dessaisine (Besitzentsetzung), woraus sich ergiebt, daß im Falle der nouvelle dessaisine auf das schleunigste der Entsetzte in den Besitz gesetzt wurde, wobei brefs de nouvelle dessaisine (Spolienklagen) vorkamen [19]. Am klarsten ergiebt sich aus Beaumannoir, daß es schon im dreizehnten Jahrhunderte zweierlei Rechtsmittel für den Besitzer gab: 1) en cas de nouvelle dessaisine, wenn jemand Jahr und Tag im Besitze war und im Besitze gestört wurde; 2) bei dessaisine par force, wenn er auch noch nicht ein volles Jahr besaß, aber aus dem Besitze durch Spolium entsetzt wurde; selbst der Pächter hatte wegen Spoliums die Klage gegen den Verpächter, der ihn entsetzte, und sogar dem ungerechten Besitzer stand die Spolienklage gegen den Spoliator zu [20].

Es ist daher wohl nicht zu gewagt, wenn man annimmt, daß das canonische Recht diesen germanischen Ansichten sich angeschlossen, und den dem Besitzer

---

druckt in recueil des ordonnances des roix de France vol. IV. p. 43. art. 13. Es heißt dort: on ne fera point d'enquête contre une personne qui en aura troublé une autre dans sa possession; mais seulment lorsqu'il lui à enlevé de force ce qu'il possedoit ou qu'il en à chasse. — S. auch établissements de St. Louis lib. I. art. 65. Beaumannoir coutumes de Beauvoisis (Schriftsteller des XIII. Jahrhunderts) chap. 32. S. noch Henrion de Pansey de la compétence des juges de paix. Chap. 33—38.

19) S. außer den schon genannten Schriften noch die altschottischen Gesetze regia majestas. lib. II. cap. 40. §. 3 in Houard traité II. p. 139. auch lib. III. cap. 36. u. Statuta Alexandri II. cap. 2. in Houard vol. II. p. 584.

20) Besonders ergiebt sich dies aus einem bei Beaumannoir chap. 32 angeführten Urtheile.

im Falle erlittener Besitzentsetzung zu gewährenden Schutz unter den Gesichtspunkt der Spolienklage habe aufstellen wollen, daher auch schon aus Duranti sich ergiebt, daß man im canon. Rechte ein neu eingeführtes vom röm. Rechte unbekanntes Rechtsmittel des Spoliums begründet gefunden habe [21].

Diese Ansichten wurden dann in den germanischen Rechtsquellen fortgebildet; am meisten aber blieb das französische und niederländische Recht der Idee des altgermanischen Rechts treu. Das Rechtsmittel zur Verfolgung des Besitzes auf summarischem Wege hieß darnach complainte [22], obwohl auch in einigen Provinzen die Ausdrücke: recreance [23] [recredentia] [34]) plegement [25], und appleigement [26] vor-

---

21) Duranti in Speculo juris in lib. IV. de causa posses. et propriet. und im Titel: de restitut. Spoliatorum (nach der frankfurter Ausgabe) p. 148.

22) Die besten Notizen s. in Corps et compilation de tous les commentateurs sur la coutume de Paris par Ferriere. vol. I. p. 1506—20. Coquille comment. sur les coutumes de Nivernois in oeuvres de Coquille vol. II. p. 21. vol. III. p. 279. Basnage comment. sur les coutumes de Normandie in oeuvres de Basnage. Rouen. 1778. 2. vol. p. 109. Heu in coutum. d'Amiens im coutumier de Picardie tom. I. p. 598. Caron in com. sur les cout. de Peronne im coutumier de Picardie vol. II. p. 92. Vilette zu näml. coutumes im coutumier de Pic. vol. II. p. 208. Bourjon droit commun français vol. II. p. 508. Loisel instit. du droit français II. p. 266.

23) Corps et compilat. l. c. vol. I. p. 1511. Heu in coutumes d'Amiens I. p. 598.

24) S. du Cange glossarium h. v. Schon in Gesetzen v. Philipp dem Schönen Art. 14. kömmt das Wort vor.

25) Z. B. in Bretagne Argentré Com. ad Consuetud. Britonum p. 411.

26) Z. B. in coutumes de Maine art. 186. S. Olivier de

kommen. Eine Art der Besitzklage war die reintegrande, welche im Falle gewaltthätiger Besitzentsetzung eintrat, während die complainte als das ordentliche possessorische Rechtsmittel im Falle einer Besitzstörung betrachtet war[27]), und in diesem Sinne stellte auch die ordonnance von 1667[28]) diese Rechtsmittel auf. Ueberall aber blieb die Praxis und Gesetzgebung dem alten Gewohnheitsrechte treu, und so galt der Satz, daß nur wegen Besitzstörungen in Immobilien oder den ihnen gleich geachteten Rechten, nie aber wegen Störung im Besitze von Mobilien complainte Statt finde[29]), daß auch durch den Besitz von einem Jahr der Besitz erworben werde und die complainte innerhalb Jahresfrist von der Störung an gerechnet angestellt werden müsse[30]).

Auf ähnliche Art bestand in den Niederlanden die complainte trouble de fait, die ebenfalls

---

St. Vast comment. sur les cout. de Maine et d'Anjou (Paris 1778. vol. I. p. 415. vol. IV. p. 128.)

27) Argentré ad Consuet. Briton. p. 418. Coutumes de Paris. art. 96. Henrion de Pansey de la compétence des juges de paix chap. 52.

28) Tit. 18. S. Jousse comment. sur l'ordonnance vol. I. p. 255. Bornier conférence des ordonnances de Louis XIV. vol. I. p. 129.

29) Coutumes de Paris art. 97. u. hiezu die Commentatoren cout. de Hontargis, Saint Fargeau etc. vol. II. p. 332. Loisel institut. II. p. 311. Auch in der Ordonnance v. 1667. Tit. 18. Art. 1. Merlin répertoire du droit français vol. II. p. 662. S. noch Plank die Lehre vom Besitz nach Grundſ. des franzöſ. Rechts. S. 18.

30) Dies galt auch schon nach Beaumannoir chap. 32. S. noch ordonnance v. 1539. Art. 61. Coutume d'Anjou art. 428. Coutumes de Rheims tit. 6. art. 187. u. Plank l. c. S. 114.

nicht wegen Meubles anzustellen war, aber demjenigen, der schon Jahr und Tag besaß, und nun spoliirt wurde, so zustand, daß eine Begründung des Besitzrechts nicht nöthig war [31]).

In Deutschland entwickelte sich der possessorische Prozeß auf eine eigenthümliche Art.

1) Es entstand ein sogenanntes possessorium ordinarium, durch welches der Kläger, welcher auf einen fehlerfreien und älteren Besitz sich stützen kann und darin gestört worden ist, auf Schutz im Besitze und nach Umständen auf Restitution der Sache anträgt mit dem Gesuche fernere Störungen zu verhindern. Wenn auch dieser Besitzprozeß, der eine Art vom summarischen Prozesse begründet, nicht aus dem interdicto uti possidetis abgeleitet, oder durch das c. 9. X. de probat. begründet werden kann, so konnte doch die Ansicht von dieser Prozeßart leicht entstehen, da man im canonischen Rechte [32]) Stellen fand, welche zeigten, daß man auch ausser dem Falle eines Spoliums den im Besitze Gestörten schützte, und da es eine entschiedene Meinung schon der Juristen des Mittelalters war, daß die Interdicte einen summarischen Prozeß begründen wollten; daher finden sich schon in den Gerichtsordnungen des sechszehnten Jahrhunderts, z. B. in der henneberger Landsordnung von 1539 [33]) und in den Praktikern dieser Zeit [34]), Unterscheidungen vom possessorium ordinarium und summarium.

---

31) Coutume d'Hainaut chap. 42. Damhonder praxis rer. civil. cap. 38. Ghewiet institutions du droit belgique vol. II. p. 111 — 114.

32) C. 1. X. de causa possess. et propr. c. 6. X. de institut.

33) Buch II. tit. 9. cap. 2. wo demjenigen, der die posseß ohne Gewalt, Bitt oder Geheimniß inne gehabt, der Posseß restituirt werden soll.

34) Gail observ. I. obs. 7.

2) Aus der alten Ansicht, nach welcher derjenige, welcher zuletzt im Besitze war, Schutz gegen Störungen haben sollte, entstand das possessorium momentaneum oder summarissimum. Zwar kann diese Prozeßart nicht aus dem röm. Rechte abgeleitet werden [35]); allein die Praxis, welcher die alten Ansichten vom Bedürfnisse des Schutzes im Besitze und die Gefahr der Selbsthülfe vorschwebte, konnte leicht dazu kommen, den letzten (jüngsten) Besitzer zu schützen [36]), und Gail [37]) stellt schon bestimmt den Gesichtspunkt eines Provisoriums auf. Noch leichter konnte diese Prozeßart fortgebildet werden, da die Reichsgesetze [38]) im Falle der possessio litigiosa, wo jede Parthei Besitzhandlungen für sich hatte, und daher Thätlichkeiten sehr zu besorgen waren, um der Selbsthülfe zu wehren, dem Richter geboten, summarie zu entscheiden, welcher Parthei die momentanea possessio (wie das Gesetz sagt) einzugeben oder zu inhibiren sey.

3) Die Ueberzeugung der Praxis, daß das canonische Recht dem Spoliirten ein eigenes Rechtsmittel habe geben wollen, durch welches der Spoliatus vor allem ohne Rücksicht auf die Rechtmässigkeit des Besitzes den vorigen Besitz wieder erlangen

---

35) Ueberhaupt v. Savigny v. Besitz S. 490. u. Boehmer Jus eccl. prot. lib. II. tit. 13. p. 1107.

36) S. Henneberger Landesо. l. c.

37) In observ. lib. I. obs. 7. Nro. 5.

38) Reichsconstitution de litigiosa possess. von 1532 dann übergegangen in Kammergerichtso. p. II. tit. 22. §. 4. Danz diss. constitut. imperii. Super litig. poss. Stuttgard. 1789. Danz sum. Proz. §. 59. Gönner Handbuch IV. S. 414. Haus de vera indole processus possessor summariss. Wirceb. 1817. pag. 32.

könnte, war fest begründet, und die Reichsgesetze selbst weißen auf die Spolienklage [39]) so wie auf das begünstigte Verfahren bei der exceptio spolii hin, so daß ein Spolienprozeß eine neue Art von possessorischem Prozeß nämlich in den Fällen anerkannt war, wo der Besitzer durch Gewalt aus dem Besitze gesetzt wurde und ohne Rücksicht auf Rechtmässigkeit des Besitzes blos über die Wiedereinsetzung in den Besitz verhandelt und entschieden wird [40]). Diese Prozeßarten sind auch in die deutschen Partikularordnungen übergegangen [41]).

Erst die neueren Gesetzgebungen haben gefühlt, wie nachtheilig die Vermehrung der Besitzprozesse werden könne, und kommen daher mehr zur Beschränkung dieser Verfahrungsarten. Einen großen Schritt hatte schon die preussische Gerichtsordnung [42]) gethan, indem sie nur das possessorium summarissimum beibehielt, wenn jemand in dem Besitze einer Sache oder eines Rechts beunruhigt oder wenn er dieses Besitzes neuerlich heimlich oder gewaltsamer Weise entsetzt worden. Die meisten neueren deutschen Entwürfe und Prozeßordnungen schweigen, und nur der baierische Entwurf [43]) hat wieder in

39) Kammergerichtso. v. 1495. §. 30. R. A. v. 1548. §. 38.

40) Ferrariis praxis aurea p. 956. Boehmer Jus eccl. Protestant. lib. II. tit. 13. p. 1107. Boehmer de vero usu remed. poss. ord. et sum. in exercit. ad Pand. tom. V. Nro. 90. Schorch de remedio spolii. Erf. 1772.

41) Baier Jud. Cod. v. 1753. cap. III. §. 4—5. V. Kamptz Meklenburg. Civilproz. §. 139. Von Sachsen Biener processus com. et sax. §. 71. §. 267—74. Kori Theorie der sächs. sum. Proz. S. 208—33. u. S. 243—52.

42) In Tit. XXXI.

43) Von 1825 in §. 770—83.

größerer Ausdehnung Besitzstreitigkeiten, wenn auf Erhaltung oder auf Wiedererlangung des Besitzes geklagt wird, als besondere summarische Prozeßarten erklärt, und zur Verhandlung an Einzelnrichter gewiesen. — Wenn sich entweder sofort oder im Laufe der Verhandlung ergiebt, daß der Besitz zweifelhaft sey, indem jede Parthei Besitzhandlungen für sich hat, so muß (nach §. 780) vor Allem der jüngste Besitz regulirt werden, und zwar soll es (§. 781) nur auf den Zustand im Laufe des letzten Jahres vor der Störung ankommen. — Viel beschränkter faßt dagegen die französ. Gesetzgebung den Besitzprozeß auf[44]; sie läßt nur bei dem Friedensgerichte possessorische Klagen und zwar nur dann zu, wenn sie im Jahre der Besitzstörung von solchen Klägern angebracht werden, welche wenigstens ein Jahr im ruhigen nicht prekären Besitze waren. Das possessorium und petitorium kann nie cumulirt werden[45]. Man sieht leicht, daß diese Ansicht des geltenden Gesetzbuchs aus dem französischen Gewohnheits- und dem vor der Revolution bestandenen Rechte hervorgieng; die Praxis nennt auch noch jetzt die Besitzklage complainte[46]; die im älteren Rechte vorkommende reintegrande kömmt jedoch als eine an besondere Bedingungen geknüpfte von der complainte getrennte Besitzklage nicht mehr im

---

44) Code de procédure civile art. 23—27

45) Code art. 25.

46) S. über die Besitzklagen Henrion de la compétence des juges de paix chap. 32—54. Merlin répert. voce: complainte. Pigeau procédure civile vol. II. p. 475. Berriat St. Prix cours de procédure vol. I. p. 105—112. Carré traité et questions vol. I. p. 32—56.

code vor [47]), und wenn auch der code civil [48]) der reintegrande erwähnt, so bezieht sich dies nur auf die Begründung des persönlichen Arrests, es ist aber damit keine besondere possessorische Klage gemeint [49]). Die complainte fordert aber, daß der Kläger nicht blos unter prekären Titel besitze, und schon ein Jahr lang den Besitz ausgeübt habe, wobei jedoch der Beklagte durch jede Art von Beweismittel die Fehler des Besitzes nachweisen kann [50]). Daß wegen Besitzstörungen von Mobilien die complainte nicht Statt findet [51]), folgt ebenso aus dem älteren französ. Rechte als daraus, daß nach dem code [52]) der Satz gilt: en fait des meubles pessession vaut titre, so daß Besitz- und Eigenthumsrecht vom Gesetzgeber dabei nicht getrennt wird. Durch die Vorschrift: daß in dem Jahre, in welchem die Störung geschah, die Klage angestellt werden muß, soll verspäteten Klagen vorgebeugt werden, da der Kläger, der seine Klage wegen Störung erst spät anstellt, zeigt, daß ihm am Besitze wenig lag, er daher des Schutzes, den ihm das Gesetz sichern wollte, nicht würdig ist. — Dem Friedensrichter ist nicht verwehrt, bei possessorischen Klagen im Urtheile für die Zukunft dem Besitzstörer ähnliche Stör-

---

47) S. jedoch Zachariä Handb. des französ. Civilrechts I. Band S. 206.

48) Art. 2060.

49) Plank die Lehre vom Besitze nach franz. R. S. 130. Carré traité et questions I. p. 33.

50) Carré l. c. p. 45.

51) Henrion de Pansey l. c. chap. 45. Merlin répertoire vol. II. p. 662.

52) Art. 2279.

ungen zu untersagen [53]). Der begonnene Besitzprozeß muß beendigt seyn, ehe das petitorium begonnen werden kann [54]). Als Nachbildungen des französ. Rechts, dessen complainte am meisten Aehnlichkeit mit dem deutschen jüngsten Besitzprozeß hat, erscheinen die Bestimmungen des code de la procédure für Geneve [55]) und des Gesetzes für das Waatland [56]).

Das Erste forderte nur im Falle der complainte den ruhigen, öffentlichen und nicht prekären einjährigen Besitz des Imploranten; im Falle aber der gewaltthätigen Besitzentsetzung giebt das Gesetz die Klage auch demjenigen, der weniger als ein Jahr besaß. Auch will das Gesetz, daß, im Falle des streitigen Besitzes, wenn Besitzhandlungen collidiren, das Gericht provisorisch den Besitz derjenigen Parthei zuspreche, welche am meisten Recht für sich zu haben scheint. Kann das Petitorium im einzelnen Falle schneller entschieden werden als die Besitzklage, so geht die Entscheidung sogleich auf das Erste [57]). — Einen merkwürdigen Streit veranlaßte die Frage über die Zulässigkeit der Besitzklagen in jenen Gegenden, in welchen nur der code civil ohne das französ. Prozeßgesetzbuch eingeführt wurde, z. B. in Baden. Das badische Landrecht von 1809 (eigentlich nur französ. code civil mit Zusätzen) schien durch einen Zusatzartikel [58]) ein neues Possesso-

53) Carré l. c. p. 53.

54) Code art. 27.

55) Art. 258—66.

56) Art. 391. 397—400. S. noch Code civil du canton de Vaud art. 1645.

57) Bellot exposé des motifs p. 164.

58) Art. 544. e. es heißt: Der Besitz hat alle Wirkungen des Eigenthums zu Gunsten des wirklichen Besitzers gegen

rium einführen zu wollen; es soll nach dem Willen des Gesetzgebers 59) darin nicht mehr über die Rechtsbegründung des Besitzes, wie in dem deutschen possessorio ordinario, gestritten werden, ebenso wenig aber sollte das possessorium momentaneum eingeführt werden 60), indem zur Abtreibung eigenmächtiger Angriffe die Polizei aufgerufen werden könnte; es sollte daher dies neu eingeführte Possessorium nur demjenigen zu Statten kommen, der einen stärkeren Besitz als der Andere, und zwar nur bei Immobilien, hat; diesen Besitz aber folgerte das Gesetz bei demjenigen, der vor dem Anderen die Sachen wenigstens ein Jahr lang ungestört inne hatte. Diese Vorschrift, bei welcher nichts über die Art des Verfahrens gesagt war und gesagt werden konnte, genügte nicht, da der gemeine deutsche Prozeß und die badischen Prozeßgesetze 61) neben dem Landrechte fortbestanden, und daher billig Streit

---

jeden, gegen den man nicht wegen der befragten Sache in Vertrags-Verbindlichkeiten steht, oder der nicht einen stärkeren Besitz, oder ein stärkeres Recht zur Sache geltend machen kann. Der stärkere Besitz findet nur bei liegender Haabe statt, und steht demjenigen zu, der vor dem Andern die Sach n wenigstens ein Jahr lang ungestört aus einem Rechtsgrund, der die Meinung eines Eigenthums-Erwerbs begründen kann, ruhig inne hatte, sie durch Eigenmacht des Andern, oder derjenigen, deren Rechtsfolger dieser ist, verlor, und die verlorne Inhabung vor Ablauf eines Jahres verfolgt.

59) Brauer Erläuterungen über den Code Napoléon I. Band. S. 400.

60) Brauer l. c. V. Band. S. 134.

61) Die Obergerichtsordnung §. 92. 149. spricht von dem Prozesse in Sachen des jüngsten Besitzes.

entstehen konnte, wieviel von den alten Bestimmungen der Gesetzgeber habe aufheben wollen [62]), so daß der Zustand der badischen Gesetzgebung in dieser Lehre klar zeigte, wie schlimm es ist, wenn die Gesetzgebung nur theilweise abgeändert, und wenn eine fremde Gesetzgebung ohne die übrigen Theile, mit welchen sie zusammenhängt, eingeführt wird.

Untersucht man nun, in wie ferne für eine neue Gesetzgebung die gemeinrechtliche Ausdehnung der Besitzprozesse sich empfehlen läßt, so muß gewiß für die möglichste Vereinfachung gesprochen werden. Die Gründe, aus welchen ein Gesetz bewogen werden kann, über den Besitz abgesondert von dem Rechte selbst, mit dem er zusammenhängt, verhandeln zu lassen, kann man nur anführen [63]), daß der Besitz faktischer Natur ist, und zunächst nur auf thatsächlichen Verhältnissen beruht, die unabhängig vom Gesetze entstehen, aus welchen aber das Gesetz gewisse Wirkungen ableitet; daß daher in allen Besitzverhältnissen leicht Selbsthülfe zu besorgen ist, und daß die Bürger, welche wissen, daß von ihren faktischen Versuchen die Erwerbung des Besitzes abhängt, und daß dadurch selbst juristische Vortheile erworben werden können, leicht zur Anwendung physischer Kräfte eingeladen werden, z. B. wenn zwei Gemeinden im Streite über die Holzgerechtigkeit sich befinden. Es scheint daher Pflicht des Gesetzgebers zu seyn, durch schnelles Einschreiten der Selbsthülfe vorzubeugen, und provisorisch einer Person den Besitz zuzuerkennen, um so mehr, als dadurch selbst

62) Daher verschiedene Ansichten in v. Drais Geschichte der badischen Gerichtshöfe S. 134 — 141. V. Hohnhorst Jahrbücher des badischen Oberhofgerichts II. Band. S. 251—54.

63) Ueberhaupt Gönner Handbuch IV. S. 408.

im Verkehre entstehen würden, wenn während des langen Prozesses Ungewißheit entstünde, welche Parthei berechtigt ist, so daß keine derselben eine Besitzhandlung vornehmen dürfte; man denke z. B. nur den Fall, wenn sechs Jahre hindurch Niemand um einen Forst sich annimmt.

Diese Gründe können aber 1) bei den interdictis adipiscendae possessionis [64]) nicht eintreten; hier hatte der Kläger noch keinen Besitz, es ist sein Recht zu besitzen im unzertrennlichen Zusammenhange mit seinem Rechte überhaupt, woraus er den Besitz ableiten will; es ist keine Gefahr der Selbsthülfe da, und nur unter dem Gesichtspunkte einen provisorischen Zustand herzustellen, könnte ein Rechtfertigungsgrund für besonderen Besitzprozeß in diesen Fällen gegeben werden. Da jedoch die hieher gehörigen röm. Interdikte nur aus einer auf der dem röm. Rechte eigenthümlichen Fortbildung der gesetzlichen Klagerechte beruhen, da es unrichtig ist, daß der Interdiktsprozeß in der späteren Zeit einen besonderen summarischen Charakter hatte, da auch der deutsche Gerichtsgebrauch viele Arten der röm. Interdikte gar nicht angenommen hat [65]), da manche röm. Interdikte nur Inhibitionen oder Gebote in Fällen betreffen, wo bei uns polizeiliche Hülfe eintritt, da nach unserem Prozesse dem Imploranten, da, wo Gründe da sind, Provisorien zu erkennen, geholfen werden kann, ohne daß es der Interdikte bedarf, da auch in allen Fällen, wo der Kläger einen Besitz verlangt, den er noch nicht hatte, er sich

---

64) Ob sie Interdikte sind s. v. Savigny v. Besitz S. 350. S. aber auch Hufeland v. Besitz S. 43. V. Gönner Motive zur Prozeßo. S. 632.

65) S. noch Kori Theorie der summar. Proz. S. 208.

auf ein Rechtsverhältniß stützen muß, woraus er seinen Anspruch ableiten will, und da, sobald der Beklagte dies Rechtsverhältniß bestreitet, die ganze Grundlage der Besitzklage erschüttert ist, so möchte wohl richtiger von Besitzprozessen auf den Grund von interdict. adipisc. poss. nicht gesprochen werden [66]).

2) Ebenso wünschenswerth ist es, daß das deutsche possessorium ordinarium als Streit über das Recht des Besitzes aufgehoben, und vielmehr über die Rechtmäßigkeit des Besitzes zugleich mit dem petitorio verhandelt werde [67]), was auch bereits die preuß. Gerichtso. verordnet hat [68]). Es ist bloße Prozeßverzögerung, wenn man das possess. ordinarium abgesondert vom petitorio verhandeln läßt, und statt eines Prozesses entstehen zwei, ohne daß ein wahrer Vortheil für den Kläger hervorgeht; denn in dem poss. ord. soll das Alter, die Beschaffenheit, und die Rechtmäßigkeit des Besitzes verhandelt werden; es wird daher dem Beklagten nicht schwer fallen, eine Reihe von petitorischen Gründen hereinzuziehen; je gründlicher selbst dies Possessorium verhandelt wird, desto mehr kömmt man zu petitorischen Fragen; auf jeden Fall ist der Willkühr der Richter viel heimgestellt, wie weit sie die Einreden, welche petitorisch scheinen, zulassen wollen, und da der Beklagte ein Interesse hat, möglichst viele Einreden hereinzuziehen, da er im Falle, wenn er damit

---

66) Der französ. Code civil art. 1008. kennt zwar eine Art von Besitzklage, die aus dem fehlerfreien Testamente dem Erben zusteht. S. auch darüber Brauers Erläuterungen V. S. 290.

67) V. Gönner Motive S. 634.

68) I. Thl. Tit. V. §. 27.

ad separatum gewiesen wird, durch Appellationen sich zu helfen, wenigstens den Prozeß zu verzögern sucht, so gehört das poss. ordin. zu den lange dauernden Prozessen, um so mehr, als es in der Regel dabei zu einer Beweisführung kömmt, und die Beweise über die Fehler des Besitzes, z. B. über die Oeffentlichkeit der Handlungen, oder über die Störungen von Seite des andern Theils zu den schwierigsten gehören, da es auf schwankende Zeugenaussagen ankömmt.

3) Sobald dagegen die Selbsthülfe sich schon geregt hat, und des Besitzes sich zu bemächtigen droht, sobald Besitzhandlungen verschiedener Partheien collidiren, fühlt die Gesetzgebung die Nothwendigkeit, einzuschreiten, und durch Regulirung des provisorischen Zustandes, durch Schutz des jüngsten ruhigen Besitzers, der Selbsthülfe entgegenzuwirken und die Ungewißheit des Besitzes zu vermeiden [69]; die Einfachheit und Klarheit des Verhältnisses, mit welcher der Richter hier entscheiden kann, fordert ebenso das Eintreten eines besonderen possessorischen Prozesses, als der ruhige Besitz Schutz gegen den eigenmächtigen Störer verdient [70]; daher kann eine gute Gesetzgebung nur auf dem Wege, auf welchem das deutsche Recht zu dem jüngsten Besitzprozesse kam, und das französische Recht die Lehre betrachtete, zu einem richtigen Resultate kommen. Nur da soll daher Besitzprozeß zugelassen werden, wo a) der Implorant auf einen ruhigen jüngsten Besitz sich stützen kann, wobei es zweckmässig seyn mag, daraus,

69) S. auch Berriat St. Prix. Cours de procéd. civile vol. I. p. 106. (Ausg. 3.)

70) V. Reibnitz Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung I. S. 195. II. Thl. S. 412.

daß jemand schon ein Jahr lang im ruhigen Besitze war, die Vermuthung abzuleiten, daß er in einem Besitzverhältnisse sich befindet, das Schutz gegen jede Störung verdient. b) Er muß mit einem nicht blos prekären Titel besessen haben, daher freilich der Pächter, der Commodator oder Depositar nicht in der Lage seyn können, Besitzklagen anzustellen[71]. c) Es ist auch zweckmässig wegen des Besitzes von Mobilien diese Besitzklage nicht zu gestatten[72], da theils der Werth solcher Gegenstände zu unbedeutend ist, als daß man zwei Prozesse gestatten sollte, und da theils durch Diebstahlsklagen dem Gestörten leicht zu helfen ist, theils eine gute Civilgesetzgebung ohnehin den Satz: en matière des meubles possession vaut titre, mehr oder weniger annehmen wird. Bei einer Universalität von Meubles nimmt auch das französ. Recht die Besitzklage an[73]. d) Zweckmässig ist es auch, den Gebrauch der Besitzklage an eine kurze Zeit z. B. höchstens ein Jahr zu binden[74]. e) Bedenklicher ist es, ob man auch eine Art von Spolienklage dadurch einführen will, daß, im Falle der gewaltthätigen Besitzstörung ohne Rücksicht auf die Zeit, in welcher jemand besaß, der Besitzer die Klage anstellen darf[75]; wenn zwar die Eigenmacht

---

71) Henrion de Pansey de la compétence l. c. chap. 40.

72) Plank vom Besitze nach franz. R. S. 18. 19.

73) Henrion de Pansey chap. 45. §. 5.

74) Reibnitz l. c. I. S. 194. setzt offenbar zu kurzen Zeitraum, wenn er binnen acht Tagen nur die Klage anstellen lassen will.

75) Dies thut der oben Not. 56 angeführte Code de Géneve. Auch französ. Autoren, z. B. Henrion de Pansey chap. 52. Berriat St. Prix cours l. c. p. 112. Garnier sur le régime des eaux p. 73. behaupten, daß eine solche Spolien-

nie Schutz erhalten soll, und daher der gewaltthätig Entsetzte mehr Begünstigung zu verdienen scheint, so treten doch die Gründe, welche einst in den Zeiten, wo Spolienklage entstand, die so häufig angewendete Eigenmacht gefährlich machten, und daher ausserordentlichen Schutz des Besitzers forderten, nicht mehr in unseren geordneten Staaten ein; gegen gewaltthätige Ueberfälle gefährlicher Art wirken Criminalgesetze, und giebt man jedem Besitzer, ohne Rücksicht auf die Dauer seines Besitzes, die Klage, so kömmt man zu leicht dazu, auch den unrechtmässigen Besitzer, der keinen Schutz verdiente, zu schützen.

Betrachtet man noch genauer die gemeinrechtlichen durch Praxis fortgebildeten possessorischen Prozesse und zwar I. das possessorium ordinarium, so besteht der Charakter der Summarietät dieser Prozeßart nicht in der Abkürzung, wie bei geringfügigen Sachen, sondern darin, daß das Verfahren nur auf die Ausmittelung der Bedingungen beschränkt wird, welche zur Begründung dieser Besitzklage gehören; daher ist auch nicht nothwendig, wenn nicht ein Landesgesetz dies vorschreibt, daß dieser Besitzprozeß nur mündlich verhandelt werde; die Wichtigkeit des Besitzes für den Kläger, der Umstand, daß das Besitzrecht hier als ein selbstständiges Rechtsverhältniß betrachtet wird, bewirkt, daß das Verfahren nach den Regeln des ordentlichen Prozesses geleitet werden kann, in so ferne nicht durch die Beschränkung auf das reine Besitzrecht eine Abweichung, z. B. durch Beschränkung gewisser Einreden,

---

klage noch in Frankreich existire; allein s. mit Recht dagegen Toullier droit civil tom. XI. p. 143.

entsteht [76]; es kann aber auch auf Bitte des Klägers um Einleitung im summar. Prozeß, nach welchem der allgemeine summar. Prozeß verhandelt wird (oben §. IV.), diese abgekürzte Prozeßart angewendet werden; nach Umständen kann auch Mandatsprozeß zur Anwendung kommen. 1) In der Klagschrift muß der Kläger seinen gehörigen titulirten und fehlerfreien Besitz anführen, die erlittene Störung genau bezeichnen und die geeignete Bitte auf Wiedereinsetzung und Schutz vor weiteren Störungen stellen [77].

Daß bei dieser Prozeßart auch auf das Alter des Besitzes gesehen werden, daher der ältere Besitz immer den Vorzug vor dem jüngeren haben soll [78], daß nach erwiesenem älteren Besitz der neuere solange als fehlerhaft vermuthet werden soll, bis das Gegentheil erwiesen ist [79], läßt sich zwar aus c. 9. X. de probat. nicht darthun [80]; allein die Praxis konnte zu dieser Ansicht leicht kommen, da schon nach älterem Rechte aus dem Besitze, der ein Jahr dauerte, eine Vermuthung abgeleitet und besonderer Schutz gegeben wurde, und da in dem im c. 9. X. de prob. erwähnten Falle der Pabst doch offenbar wegen des Alters und der Dauer der Besitzhandlungen einer Parthei ihr den Besitz zusprach. Das Alter des Besitzes braucht jedoch ebensowenig als der Erwerbs-

76) Gönner Handbuch IV. S. 471. Danz ordentl. Prozeß §. 58.

77) Süptitz sum. Proz. S. 135. Gönner Handbuch IV. S. 438.

78) Kreitmeyr Anmerk. zum baier. Jud. Cod. S. 157. Einige Schriftsteller gebieten daher selbst, daß man das Alter nach Stunden berechnen müsse. Wiser de causa poss. et propriet. §. 5.

79) Gönner Handbuch IV. S. 437.

80) V. Savigny l. c. S. 496—500.

titel des Besitzes [81]) in der Klageschrift noch nicht angegeben zu werden; im Laufe des Prozesses aber kann das Alter ein Gegenstand der Verhandlung werden, wenn der Beklagte seinen Besitz behauptet, und nun in der Collision den älteren Besitz vom Imploranten als bevorzugt behauptet und erwiesen wird; wenn z. B. eine Gemeinde im Besitze der Holzgerechtigkeit seit vielen Jahren sich befand, wegen der Schwierigkeit den Erwerbstitel sogleich zu produciren im petitorio nicht streiten mag oder kann, so klagt sie in poss. ordinario, wenn sie von der benachbarten Gemeinde gestört ist, und muß, wenn die Beklagte auch mehrjährige Besitzhandlungen für sich anführt, freilich auf den älteren Besitz zurückgehen.

2) Daß nach Verschiedenheit der Fälle schriftliches oder mündliches Verfahren eintritt, ist schon bemerkt worden; es kann aber auch oft Mandatsprozeß angewendet werden, und zwar so oft der Implorant seine Bescheinigung auf öffentliche Urkunden gründet [82]), in anderen Fällen wird entweder Termin angesetzt oder die Schrift ad excipiendum mitgetheilt.

3) Alle Arten von Einreden, welche das Wesen des Prozesses betreffen, können vorgebracht werden; von peremtorischen Einreden [83]) können nur solche

---

81) Kori sächs. Proz. S. 241.

82) Der baier. Entw. §. 776. fordert, daß solche Strafbefehle erlassen werden, so oft überhaupt hinreichende Bescheinigungen da sind.

83) In einem Falle klagte in poss. ordin. die Gemeinde A wegen Laubsammelns im Walde der Gemeinde B; diese aber produzirte ein unter französischer Herrschaft von dem damaligen Tribunal gefälltes Urtheil, durch welches die

zugelassen werden, welche entweder die Fehler des Besitzes betreffen, oder die Vorrechte des Beklagten zum Besitze zeigen [84]). Dahin gehört dann auch die Einrede, daß der Besitz des Klägers jünger, als der des Beklagten sey.

4) Der Satz, daß der Beklagte nicht mit illiquiden Einreden gehört werden soll [85]), ist nur in so ferne wahr, als von Einreden die Rede ist, welche das Petitorium betreffen; alle solche Exceptionen, wenn sie illiquid sind, müssen vom Richter ad separatum gewiesen werden [86]), weil der Gegenstand der Verhandlung nur der Besitz ist; wenn dagegen diese Einreden auf der Stelle liquid gemacht werden können, so gestattet man das Vorbringen, weil die Rücksicht auf Abkürzung des Prozesses nicht duldet, die Rechtmässigkeit des Besitzes des Klägers dann noch anzuerkennen, wo der Richter schon klar aus den Akten die Unrechtmässigkeit erkennt.

5) Sind faktische Verhältnisse streitig, so wird auf Beweis, der aber in der Praxis nach der Natur summar. Prozesse, Bescheinigung genannt wird, interloquirt [87]), jedoch so, daß von den Requisiten der Beweiskraft der Beweismittel keines fehlen darf.

6) Das Urtheil geht auf Regulirung des Besitzstandes mit Vorbehalt des Petitoriums, und im Falle des Schutzes im Besitze wird die Störung bei Strafe untersagt, und Caution aufgelegt [88]). Ist

---

Gemeinde B gegen A in der Freiheit von der Servitut geschützt wurde.

84) Gönner Handb. IV. S. 434—6.

85) Linde Lehrbuch S. 449.

86) Boehmer de usu poss. ord. et summar. cap. 2. §. 8.

87) Biener proc. jur. comm. et Saxon §. 270.

88) Kori l. c. S. 212.

blos possessorisch geklagt, so kann das Urtheil doch nicht auf das Petitorium gehen, wenn auch der Richter die Verhandlung schon in Ansehung des Letzteren für reif findet, und selbst wenn petitorische Exzeptionen sogleich liquid gemacht wurden, muß man doch das Urtheil der ursprünglichen Klage als der Grundlage des Prozesses anpassen, ausgenommen, wenn beide Partheien freiwillig den possessorischen Streit in den petitorischen verwandelt haben [89]. Die Parthei, welche im possessorio gesiegt hat, braucht sich auf die petitorische Klage nicht früher einzulassen, als bis dem Besitzurtheile Genüge geleistet worden ist [90]. Rechtsmittel jeder Art haben gegen diese possessorische Urtheile Statt [91].

II. Der jüngste Besitzprozeß (poss. summarissimum) muß als provisorischer Streit betrachtet werden, bei dessen Verhandlung und Entscheidung es nur darauf ankömmt, wer zuletzt im Besitze sich befunden hat; und obwohl zwar gewöhnlich der Fall streitigen Besitzes da seyn wird, so ist dies doch nicht nothwendig [92]. 1) Wenn Manche glauben, daß der jüngste Besitzprozeß, und der Spolienprozeß nicht als zwei besondere Prozeßarten zu betrachten seyen, so haben doch richtiger die Praktiker beide Arten getrennt [93]; denn bei dem Spolium kömmt es auf die Nachweisung der gewaltthätigen Besitzentsetzung an, während bei dem jüngsten Besitze auch

---

89) Kreitmeyr Anmerkungen zum baier. Cod. Jud. S. 159.

90) Boehmer Jus. eccl. Protest. lib. II. tit. 12. §. 12.

91) Baier. Jud. Cod. cap. III. §. 4. Nro. 19. Kori S. 212. Gönner Handbuch IV. S. 446.

92) Gönner Handb. IV. S. 424.

93) Z. B. Claproth sum. Prozeß §. 27. 90. Süptitz sum. Proz. S. 87.

die Besitzstörung, oder jenseitige Besitzhandlungen ohne Gewalt die Klage begründen. Bei dem Spolium soll nur der Eigenmacht entgegengewirkt, und es soll die Wirkung der gewaltthätigen Anmaßung dem Spolianten abgenommen werden; daher kömmt bei dem Spolium es nicht auf den juristischen oder wenigstens fehlerfreien Besitz an, weil der Spoliant keine Einrede vorbringen kann, sondern unbedingt die Wiedereinsetzung des Spoliirten geschehen muß. Bei dem jüngsten Besitzprozesse muß der Kläger den Besitz als solchen anführen, und auf wahre Besitzhandlungen, und zwar auf solche sich berufen [94], woraus der neueste Besitz hervorgeht; es kann zwar leicht geschehen, daß der Kläger im jüngsten Besitze nur Detentor ist [95]; allein nicht als solchem steht ihm die Besitzklage zu, sondern er wird den jüngsten Besitz nur deswegen erhalten, weil der Implorat durch keine auf der Stelle liquide Beweise zeigen kann, daß Implorant nicht Besitzer ist, und weil auf andere Beweise nicht Rücksicht genommen werden darf.

2) Der Grund der Imploration muß der neueste Besitz seyn; wenn zwar einige Partikulargesetze [96]) verlangen, daß der Implorant Jahr und Tag im Besitze gewesen sey, so ist doch gemeinrechtlich dies nicht nöthig, und es genügt, wenn auch nur eine Besitzhandlung, die freilich diejenige nicht seyn darf, welche jetzt den Prozeß veranlaßt [97]), angeführt werden kann; es folgt dies schon daraus, daß es

---

94) Claproth sum. Proz. §. 37. Danz.

95) Haus de vera indole process. poss. summariss. §. 19.

96) Z. B. Baier. Jud. Cod. cap. 3. §. 5. S. auch Berger elect. processus poss. §. 22.

97) Gönner Handbuch IV. S. 427.

hier nur auf ein Provisorium und auf den Schutz des gegenwärtigen Besitzers ankömmt [98].

3) So wie jedes Provisorium durch Bescheinigung gerechtfertigt werden muß, so ist es auch bei dieser Imploration [99], und zwar muß die Bescheinigung auf die Besitzhandlung und auf die Störung gehen, jedoch ist es, wenn man durch Zeugen Bescheinigung liefern will, hinreichend, wenn man nur in der Imploration die Zeugen benennt und um ihre Vernehmung ersucht [100]; die Eidesdelation ist kein Bescheinigungsmittel [101].

4) Die Verhandlung muß nach der Natur des Provisoriums und wegen der Einfachheit des Verhältnisses mündlich seyn, daher die Partheien zur Tagfahrt vorgeladen werden; nur da, wo die Bescheinigung genügend ist, und Gefahr vor weiterer Anwendung von Selbsthülfe besorgt werden kann, tritt ein Mandat oder wenigstens eine provisorische Inhibition ein [102].

5) Eine förmliche Litiscontestation ist zwar nicht nöthig, allein es muß darauf gedrungen werden, daß der Implorat sich bestimmt über alle vom Imploranten angegebene Thatsachen erkläre. Der Implorat kann dann Thatsachen vorbringen, woraus er zeigt, daß er vor der letzren Störung den Besitz ausübte, daß also der Implorant nicht im jüngsten

---

98) Boehmer de usu poss. ordin. cap. 3. §. 8. Süptitz S. 140. Kori S. 215.

99) Kammergerichtso. II. Tit. 22. §. 4. Haus diss. Cit. p. 70.

100) Gönner Handbuch IV. S. 457.

101) Schroeter num. in possess. summariss. juram. delatio. Cocum habeat. Vit. 1727.

102) Gönner Handb. IV. S. 460.

Besitze war, und in diesem Falle ist dann wirklich streitiger Besitz da, bei welchem, nach mündlicher Verhandlung der Sache, das Gericht die Partheien zur Bescheinigung und Gegenbescheinigung zuläßt, und über den jüngsten Besitz provisorisch entscheidet.

6) Nach dem Grundsatze, daß nur ein Provisorium regulirt werden soll, und der jüngste Besitz die Grundlage des Klaganspruchs gewährt, und Vermeidung der Selbsthülfe beabsichtigt wird, können nur solche Einreden, welche den jüngsten Besitz betreffen, zugelassen werden, in so ferne daher die Beschaffenheit der jüngsten vom Imploranten angerufenen Besitzhandlungen angegriffen werden soll; auch die Einrede des Spoliums ist daher zulässig [103]; sobald aber die Einrede das Recht selbst betrifft, oder die Rechtmässigkeit des Besitzes überhaupt angeht, gehört sie in das petitorium oder poss. ordinarium [104], was auch der Fall ist, wenn die Fehlerhaftigkeit der älteren Besitzhandlungen behauptet wird; der Implorat darf daher nicht mit der Bescheinigung dieser Einreden gehört werden; sobald aber dieselben sogleich liquid gemacht werden können, so gestattet man die Verhandlung darüber [105], weil der Richter sogleich sich überzeugt, daß dem Imploranten die Grundlage seines Anspruchs fehlt; nur muß der Richter strenge gegen den Imploraten seyn, damit nicht durch mitleidiges Zulassen von Einreden der Zweck dieses possessorii vereitelt werde.

Wenn zwar Implorant sogleich in der Klagschrift bescheinigen muß und der Implorat mit ex–

---

103) Kori S. 220. Süptitz S. 142.

104) Martin Lehrb. §. 248.

105) Berger de proc. poss. §. 22. Boehmer Jus eccl. Prot. V. tit. 12. §. 7. Gönner Handb. IV. S. 462.

ceptionibus altioris indaginis nur gehört wird, wenn er sogleich sie erweisen kann, so daß es nicht zu Beweisinterlokuten zu kommen scheint, so können doch solche vorkommen, in so ferne das Daseyn oder die Beschaffenheit der jüngsten Besitzhandlungen streitig ist; wenn man aber behauptet, daß Bescheinigungen hier hinreichen, so bezieht sich dies nur darauf, daß die im ordentlichen Beweisverfahren zur Benützung der Beweismittel nöthigen Förmlichkeiten nicht nothwendig sind, von den materiellen Bedingungen der Beweiskraft aber kann auch hier nicht abgegangen werden [106].

Die Zulässigkeit der Rechtsmittel kann nur in so ferne bezweifelt werden, als man annimmt, daß Rechtsmittel gegen provisorische Urtheile nicht Suspensivkraft haben [107].

Demjenigen, welchem im Urtheile der Besitz abgesprochen wird, ist immer das poss. ordin. und das petitorium vorbehalten, der Sieger aber braucht sich auf eine neue solche Klage des Gegners nicht einzulassen, bis dem ergangenen Urtheile in poss. summ. Genüge geleistet ist [108].

III. Im Spolienprozesse, dessen Unterschied vom jüngsten Besitzprozeß schon oben angegeben wurde, kömmt es nur darauf an, daß der Spoliirte, ohne alle Rücksicht auf Rechtmäßigkeit des Besitzes oder auf Alter desselben, das erlittene Spolium anführe,

---

106) Boehmer de usu possess. cap. I. §. 5 — 7. Kreitmeyr Anmerk. zum baier. Jud. Cod. S. 170. Gönner Handb. IV. S. 464.

107) Sieber de demonstr. in poss. sum. et de remed. contra sentent. in causis poss. Goett 1759. Gönner Handbuch IV. S. 431.

108) Cod. Jud. bavar. cap. III. §. 5. Nro. 10. 11.

und um Zurückgabe der Sache bitte [109]. Das Verfahren kann nach Verschiedenheit der beigebrachten Bescheinigungen bald Mandatsprozeß, oder schriftliche oder mündliche Verhandlung [110] seyn. Der Grundsatz ist, daß nur über die Frage, ob Spolium wirklich verübt worden, verhandelt, und im Falle der Bejahung der Spoliirte vor Allem wieder in den Besitz eingesetzt werde; daher sollen auch alle Einreden, welche das Recht betreffen, oder sonst im poss. ordinario oder im jüngsten Besitze zulässig wären, abgewiesen werden [111]; die Einrede der Verjährung des Spoliums [112], und die Einrede, daß Implorant selbst Spolium an der Sache verübt, und Implorat nur die Sache wieder ergriffen habe [113], sind zulässig; andere Einreden, die man zuweilen anführt [114], z. B. daß Implorant keinen Besitz gehabt, sind keine Einreden, sondern Läugnungen des Klagegrundes; andere angeführte Exzeptionen, z. B. daß die Einräumung des Besitzes nicht anders als mit größter Gefahr geschehen könnte [115], beruhen auf einer unrichtigen Ausdehnung.

Der Beweis des Spoliums kann auch durch Interlokut aufgelegt werden, und daß die Meinung

---

109) Claproth sum. Proz. §. 96. Danz sum. Proz. §. 56. Süptitz sum. Proz. S. 144. Cod Jud. bav. cap. III. §. 4. Nro. 10. Kori sächs. Proz. S. 245.

110) Kori sächs. Proz. S 247.

111) Boehmer Jus eccl. Prot. lib. II. tit. 13. §. 4.

112) Es ist darüber großer Streit c. 5. X. de rest. spol. c. 2. X. de ord. cogn. Berger elect. disc. ad proc. sax. p. 1784. Kori sächs. Proz. S. 247. Not.

113) Boehmer l. c. §. 5.

114) Claproth sum. Proz. §. 103.

115) Angeblich wegen c. 8. 10. 13. X. de rest. spol.

unrichtig ist, nach welcher das Spolium sogleich in der Klage bescheinigt werden soll, ergiebt sich schon aus c. 1. de rest. spol. in sexto [116]; in Bezug auf die Bescheinigung gilt das schon oben beim jüngsten Besitze Angeführte. Das Urtheil geht nur auf den Punkt des Spoliums, und der Spoliirte als Sieger läßt sich nicht früher in einen Prozeß mit dem Spolianten ein, bis dem Urtheile Genüge geleistet ist.

116) Darauf, daß der Beweis binnen fünfzehn Tagen geführt werde, sieht die Praxis nicht. Kreitmeyr Anmerk. S. 161.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Mainz,
gedruckt bei Florian Kupferberg.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Mainz,
gedruckt bei Florian Kupferberg.